نقش موضوع شناسی در فقه

اقل الطلبه طه سمیعی

بسم الله الرحمن الرحیم

موضوع شناسی فقه

نویسنده:

طه سمیعی

ناشر چاپی:

مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

فهرست ---- ۵

موضوع شناسی فقه ---- ۱۰

مشخصات کتاب ---- ۱۰

فهرست عناوین ---- ۱۰

اشاره ---- ۱۰

مقدمه اول : ---- ۱۱

اشاره ---- ۱۱

۱ - ادله ی اجتهاد یه : ---- ۱۱

اشاره ---- ۱۱

عمومات و اطلاقات : ---- ۱۱

قواعد فقهی : ---- ۱۱

قواعد اصولی : ---- ۱۳

قیاس منصوص العله : ---- ۱۳

تنقیح مناط (قیاس مستنبط العله) : ---- ۱۳

الغای خصوصیت : ---- ۱۴

قیاس اولویت : ---- ۱۵

عرف و عادت مردم در موضوعات : ---- ۱۵

۲- اصول عملیه : ---- ۱۶

مقدمه دوم : ---- ۱۷

اشاره ---- ۱۷

الحاصل : ---- ۲۶

نتایج علم موضوع شناسی : ---- ۲۸

توضیح و تبیین هر یک از نتایج فوق : ---- ۳۰

۱- شناخت مرجع موضوع اعم از تعیین چیستی موضوع و مصدق آن : ---- ۳۰

۲ – موجب شناخت اقسام موضوعات است : ---------- ۳۱
بخش اول شناخت اقسام موضوع مستنبط : ---------- ۳۱
اشاره ---------- ۳۱
۱-مستنبط شرعی : ---------- ۳۱
اشاره ---------- ۳۱
پاسخگویی به احکام و امور مربوط به موضوع مستنبط شرعی محض : ---------- ۳۳
پاسخگویی به احکام و امور مربوط به موضوع مستنبط شرعی غیر محض : ---------- ۳۳
۲- مستنبط عرفی : ---------- ۳۳
۳- مستنبط لغوی : ---------- ۳۴
۴ – موضوعات الحاقی : ---------- ۳۴
بخش دوم : موضوعات غیر مستنبط : ---------- ۳۵
اشاره ---------- ۳۵
ابزار شناخت موضوعات عرفی محض یا عمومی : ---------- ۳۶
محدوده تشخیص عرف : ---------- ۳۶
طرق تشخیص موضوعات تخصصی ---------- ۳۸
اشاره ---------- ۳۸
چند نکته اساسی : ---------- ۴۰
۱- تبیین موضوعات تخصصی : ---------- ۴۰
۲ – تبیین حجت بودن اهل خبره : ---------- ۴۱
۳ – وجه حجیت قول متخصص یا خبره نه از باب شهادت است و نه از باب خبر ---------- ۴۱
۴ – محدوده حجیت قول خبره یا کارشناس : ---------- ۴۲
اشاره ---------- ۴۲
وجه حجیت رای و نظر کارشناس در چند نمونه فقهی : ---------- ۴۲
۵ – کیفیت تبیین موضوع از طرف کارشناس : ---------- ۴۴
۶ – کیفیت برخورد فقیه با رای و نظر کارشناس : ---------- ۴۴
نمونه هایی از دخالت فقیه در تعیین موضوعات : ---------- ۴۵

اسباب تبدل در امور عینی (خارجی) ---------- ۴۶
اشاره ---------- ۴۶
* استحاله : ---------- ۴۶
* انقلاب : ---------- ۴۶
* انتقال : ---------- ۴۶
* امتزاج : ---------- ۴۷
* استهلاک : ---------- ۴۷
* تجزیه : ---------- ۴۷
* ترکیب : ---------- ۴۷
اسباب تبدل در امور غیر عینی : (قصد - اذن - عرف - سفر) ---------- ۴۷
مسائل مستحدثه : ---------- ۴۹
علل ایجادی مسائل مستحدثه از نگاه اندیشمندان معاصر : ---------- ۴۹
۱ - جدید بودن موضوعات در ابعاد مختلف زندگی بشر در رابطه ی با احکام . ---------- ۴۹
اشاره ---------- ۴۹
طرق نو پدید بودن موضوعات و قیود مذکور : ---------- ۴۹
الف) جدید و نوظهور بودن ماهیت موضوعات ---------- ۴۹
ب) جدید بودن و تحول در اسباب ایجاد موضوعات ، ---------- ۵۰
ج) جدید بودن راه های اثبات دعاوی در محاکم و ... ---------- ۵۰
د) تغییر ظاهری موضوعات و یا تحول برخی از قیود و شرایط : ---------- ۵۰
ه-) تغییر و تحول در بنای عرف و عادت مردم : ---------- ۵۰
۲ - عدم حصول شرایط صدورحکم در عصر تشریع : ---------- ۵۱
۳ - انقراض و یا انعدام برخی از موضوعات و یا متعلقات برخی از احکام : ---------- ۵۱
۴ - عدم ابتلاء یا ندرت : ---------- ۵۱
۵ - تحولات سیاسی و اجتماعی و پیشرفت های علمی : ---------- ۵۲
ذکر چند مثال ، با توجه به ثبات موضوع و تغییر قیودات آن و یا تغییر عنوان ---------- ۵۲
مصالح و تغییر احکام : ---------- ۵۶

نمونه هایی ازتغییر حکم با توجه تغییر فوائد و یا منافع : ۵۷
۱- خرید و فروش خون : ۵۷
۲- خرید و فروش مردار : ۵۷
اشاره ۵۷
انما الکلام در چیست ؟ ۵۸
نمونه هایی از مسائل مستحدثه اقتصادی و چگونگی پیاده کردن اصول مذکور بر آنها ۵۹
نمونه اول : بیع زمانی یا تایم شر . « Time sharing ۵۹
۱- تعریف: ۵۹
۲- انواع مالکیت زمان بندی شده ۵۹
اشاره ۵۹
۱- عدم امکان ملکیت زمان بندی شده ۶۱
اشاره ۶۱
نقد و بررسی : ۶۲
۲ – امکان ملکیت زمان بندی شده : ۶۳
اشاره ۶۳
۱ – بیع ۶۴
۲ – صلح ۶۵
۳ – قرارداد های دیگر ۶۵
نتیجه : ۶۵
نمونه دوم : معامله اختیار (OPTION) ۶۶
اشاره ۶۶
فلسفه قرارداد اختیار : ۶۶
تعریف : ۶۷
انواع «اختیار معامله» ۶۸
اشاره ۶۸
۱- اختیار خرید «call option» ۶۸

۲- اختیار فروش «put option» ۶۸
اشاره ۶۸
ترکیب اختیارها : ۶۹
تسویه نقدی : ۷۰
تحلیل معامله اختیار ۷۱
بررسی فقهی معامله اختیار: ۷۲
نمونه سوم: شرکت های هرمی ۷۴
۱- تعریف ۷۴
۲- ادله حرمت ۷۵
اشاره ۷۵
تبعات منفی ۷۶
درباره مرکز ۷۸

موضوع شناسی فقه

مشخصات کتاب

سرشناسه:مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان،۱۳۹۷

عنوان و نام پدیدآور: نقش موضوع شناسی در فقه / طه سمیعی .

مشخصات نشر دیجیتالی:اصفهان:مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان ، ۱۳۹۷.

مشخصات ظاهری:نرم افزار تلفن همراه ، رایانه و کتاب

موضوع: فقه

فهرست عناوین

اشاره

ص: ۱

مقدمه اول :

اشاره

درتعریف فقه آمده است : الفقه ، هوَ العلمُ الاحکام .) حسن بن زین الدین معالم الدین و ملاذالمجتهدین ، ص ۶۲

طرق کشف و استنباط احکام در مسائل مستحدثه و یا غیر منصوصه دو چیز است :

۱ ادله ی اجتهاد یه ۲ اصول عملیه

۱ – ادله ی اجتهاد یه :

اشاره

که عبارتند از :عمومات و اطلاقات ، قواعد فقیه ، قواعد اصولیه ، قیاس منصوص العله ، تنقیح مناط ، الغای خصوصیت ، قیاس اولویت ، عرف و عادت مردم در موضوعات

عمومات و اطلاقات :

– یکی از موارد اعمال اجتهاد ، اخذ حکم برخی از مسائل از عمومات است . (مهذب البارع ، ج۲ ، ص ۴۳۳)

فی المثل : ابن ادریس حلی در حکم استفاده از طلا و نقره در برخی موارد گفته است :

بعضی از این مسائل ، مورد دلیل خاصی است و برخی دیگر اجمالاً حرمتشان معلوم است ، چرا که از مصادیق

(اسراف) بوده و (اسراف) هم بلا اختلاف حرام است . (سرائر ، ج ۱ ، ص ۴۴۰)

روشن است که مرحوم ابن ادریس با استفاده از عمومات حرمت اسراف ، حکم استفاده از طلا و نقره را در برخی موارد غیر منصوصه یعنی مسائل مستحدثه ، استنباط کرده است . چنانکه :

فقهاء برای استنباط حکم عقود و معاملات جدید مثل بیمه و انواع شرکتها در این عصر ، غالباً به عمومات

(اوفوابالعقود) و امثال آن رجوع می کنند .

قواعد فقهی :

یکی از طرق دست یابی به حکم بسیاری از موضوعات توسط فقهاء (و هکذا غیر فقیه) تطبیق قواعد فقهیه

بر مصادیق مسائل مستحدثه است .

فی المثل : در اثبات تحریم بسیاری از اموری(مثل شرب انواع توتون در غیر معتادین و ...) که موجب ضرر فردی و یا اجتماعی می شود به قاعده لا ضد استناد جسته می شود .

حتی ظاهر کلام صاحب حدائق اینستکه گاهی مشهور فقهاء در مواردی که دلیلی برای اثبات حکم آنها از کتاب و سنت نیافته اند به تعلیلاتی که از برخی قواعد فقهی به دست آورده استناد کرده اند . (حدائق الناظره ، ج ۱۸ ص ۴۰۰)

قواعد اصولی :

گاهی قواعد اصولی ثابت شده در اصول فقه ، محل استنباط حکم برخی از موارد غیر منصوصه واقع می شوند

فی المثل : وقتی فقیه در علم اصول فقه این قاعده را پذیرفته است که : امر به شی ء مقتضی نهی از ضد آن است ، می تواند بر اساس آن ، حکم نماز کسی را که عمداً قرائت سوره را بر قرائت حمد مقدم کرده است به دست آورده، حکم به بطان آن بکند . (حدائق الناظره ، ج ۸ ، ص ۱۲۴)

قیاس منصوص العله :

از آنجا که هر حکمی به لحاظ وجود و عدم تابع علت خود می باشد ، در صورتی که علت یک حکم در برخی از نصوص معتبر ذکر شده باشد می توان حکم مسائل مستحدثه را به دست آورد

فی المثل بسیاری از فقهاء برای اثبات حرمت انواع مواد مخدر تولیدی در این عصر به تعلیلاتی که در ابواب خمر و دیگر مسکرات وارد شده ، استناد می کنند .

(جامع المقاصد ج ۱۲ ، ص ۲۳۲ ، مسالک الافهام ، ج ۲ ، ص ۱۷۱ ، مهذب البارع ، ج ۶ ، ص ۲۹۶)

البته ، برخی از فقها به کارگیری علت منصوص را برای اثبات حکم در موارد واجد علت ، از نوع قواعد اصول فقه دانسته اند . (رسائل شهید ثانی ، ص ۸)

تنقیح مناط (قیاس مستنبط العله) :

تنقیح مناط در واقع ، استنباط ملاک حکم به صورت قطعی از بررسی موارد احکام و ادله آنها است . حال اگر مورد فاقد دلیل با مورد منصوص ، مساوی باشد ، فقیه حکم مورد منصوص را به مورد فاقد دلیل نیز سرایت می دهد .

فی المثل : یک اعرابی خدمت پیامبر(ص) عرض کرد که : در ماه رمضان با همسر خود ، همبستر شدم ، حضرت (ص) فرمودند : عبدی را آزاد کن . از این کلام حضرت (ص) استفاده می شود که علت وجوب آزاد کردن عبد ، همبستر شدن با همسر در ماه رمضان است و لذا نسبت به تمام افرادی که در روزه ی ماه رمضان با همسر خود آمیزش کنند ، حکم به آزادی عبد می شود . (حدائق الناظره ، ج ۱ ، ص ۵۶)

مرحوم علامه حلی در تذکره ، بر اساس اشتراک در (ملاک مستنبط) حکم به سرایت وجوب کفاره ی روزه از موارد دلیل به مورد فاقد دلیل کرده است .

چرا که سبب وجوب کفاره را هتک حرمت (رمضان) دانسته که در هر دو یعنی واجد دلیل و فاقد دلیل وجود دارد . (تذکره الفقهاء ، ج ۶ ، ص ۴۴)

گرچه ممکن است

برخی از این تعبیرات قابل خدشه باشد ، لکن اصل مطلب قابل قبول است .

البته ، استناد به ملاک های مستنبط در فقه امامیه در صورتی صحیح است که فقیه قطع و اطمینان به ملاک به دست آمده داشته باشد .

الغای خصوصیت :

احکام بسیاری در لسان روایات در موارد خاصی وارد شده است .

فی المثل : راوی سئوال می کند که من سوار بر مرکب بودم و از فلان راه عبور می کردم و با شخص و یا چیزی ناگهان تصادم کردم . حضرت پیامبر (ص)و یا امام (ع) درپاسخ وی می فرماید : (من ضامن هستم) . وقتی این حکم را به دست عرف بدهم می گوید : نه سوار بودن در این موضوع دخالت دارد ، نه از جاده ی خاصی عبور کردن و نه جنسیت تصادف کننده ، یعنی که عرف تمام این خصوصیات را از موضوع حذف می کند و می گوید : موضوع همان اتلاف مال یا شخص است که موجب ضمان است . اگرچه الغای خصوصیت به قیاس مستنبط العله ، شباهت دارد ، لکن با دقت در آن روشن می شود که این دو مطلب با هم تفاوت دارند .

این موضوع در مسایل مستحدثه نیز فراوان واقع می شود چنانکه اتلاف سایت های اینترنتی از طریق هک کردن و امثال آن ، مشمول همین حکم است .

قیاس اولویت :

استدلال به اولویت ، در مواردی که اولویت قطعی باشد ، مورد قبول فقهای امامیه نیز هست .

فی المثل : ابن ادریس برای اثبات مقدار نزح در صورتی که کافری در چاه آب افتاده و در آن بمیرد ، به دلیل اولویت استناد کرده است . چرا ؟

زیرا برای حکم این مسأله ، دلیل نقلی صریح وجود ندارد ، ولکن در رابطه ی با افتادن کافر در آب چاه و زنده بیرون آمدن آن دلیل شرعی برنزح تمام آب چاه وجود دارد و لذا کافر زنده ای که پس از افتادن در آب بمیرد به طریق اولی آن حکم را خواهد داشت . حال می توان از استدلال مذکور در موارد بسیاری از مسائل مستحدثه استفاده نمود .

فی المثل : فقهاء ، مطالعه و معامله ی کتب ضلال را (برای غیر متخصصین) حرام می دانند . حال : اگر سایت های اینترنتی یا فیلم ها و شبکه های ماهواره ای نیز بیش از آن بگذارد ، به طریق اولی حرام است .

عرف و عادت مردم در موضوعات :

وقتی بیان شرعی در مورد موضوعی وجود نداشته باشد و هیچگونه اجماع و شهرت و سیره قطعیه متصل به عصر صدور روایات در دست نباشد ، راه شناخت موضوع ، رجوع به عرف مردم است .

مرحوم کرکی در این رابطه می گوید : مرجع در موارد فقدان حقیقت شرعی ، حقیقت عرفی هست . (جامع المقاصد ، ج ۱۲ ، ص ۲۲۰)

فی المثل : برخی از فقها ، آورده اند که برخی از کالاها از نظر مکیل یا موزون بودن ، معلوم نیست و لذا در اینکه این کالاها از نوع موزون یا مکیل یا معدود بحساب آیند باید به عرف هر محل و یا بلد مراجعه نمود . (شرایع الاسلام ج ۲ ، ص ۲۹۹ ، تذکره الفقهاء ج ۱۰ ، ص ۱۹۶ ،فتح العزیز الرافعی ج۸، ص ۱۶۸)

و هکـذا در مورد شـناخت معـانی الفاظی که دارای معانی شـرعی خاص نبوده بایـد به معانی عرفی آن مراجعه کرد ، فی المثل اگر در وصـیت نـامه ویا وقف نامه ، برای (اقربای) خود مالی را معین کرده باشـد ، برای شـناخت معنای این لفظ بایـد به عرف مراجعه نمود .

الحاصل : هر گاه عرف و عادت در زمان ما در مسائلی مثل مکیل و موزون و محدود تغییر کند ،

و یا مثلاً شـرایط (یا مبنی علیها العقد) عوض شود، مثل شـرایط و قوانینی که درباره ی استخدام کارگر و کارمند در عرف قرار داده شده ، هنگامی که کسـی را اسـتخدام کنند بدون ذکر یا نفی آن شرایط،عرف می گوید : قرار داد آن شرایط را شامل می شود و باید که مطابق آن عمل کرد .

۲– اصول عملیه :

وقتی که نصـی در کتاب و سـنت بطور عام یا خاص در موارد موضوعی وجود نداشـته باشد ، جهت کشف حکم آن به اصول عملیه یعنی اصل برائت ، استصحاب ، تخییر و احتیاط مراجعه می شود .

این اصول بر حسب شـرایط خاصی در علم اصول بیان شده است و هر یک در ظرف خاصی جریان می یابد و لذا ممکن است مواد غـذایی جدیـدی ابـداع شود که مشـمول هیچیک از نصوص عام و خاص که در کتاب و سـنت آمـده نگردد ، که در این صورت به وسـیله ی اصـل برائت آن را حلاـل به حسـاب می آوریم . چنین حکمی در موارد استصـحاب و احتیـاط و تخییر نیز جاری است .

در متن و باطن حکم ، این معنا خوابیده است که هیچ حکمی بدون موضوع نمی باشد . ، اعم از اینکه :

۱– این حکم به معنای اصطلاحی باد که از آن تعبیر به حکم شرعی می شود .

۲– یـا از قبیـل احکام منطقی باشـد که عبارتست از : الاذعانُ بالنسـبته علی ایحال احکام شـرعیه ای که فقه متکفل آنهاست هر یک مترتب بر موضوع اند :

چه احکـام تکلیفیه ، یعنی وجوب ، حرکت ، اسـتحباب ، کراهت و ابـاحه که هر یـک بلاـ تردیـد بایـد بر یک موضوعی حمل شوند

چه احکام وضعیّه ، مثل صحت و بطلان که به چیزی نسبت داده می شوند .

البته ، در بطن احکام وضعیّه نیز چه بالاستقلال و چه بالتبع احکام تکلیفیه خوابیده است .

الحاصل : گرچه فقه متکفل علم به احکام است ، لکن از ذات موضعه تراوش نمی کند بلکه موضوعات احکام در خارج از خود فقه اند و لذا باید که نخست به نحوی محرز شوند و سپس احکام بر آنها جاری گردد .

به عبارت دیگر : تحقیق موضوع در خارج ، سبب می شود که حکم مربوطه ، به سبب جعل و اعتبار شارع ثابت شود

* پس متی تحقق الموضوع ، تحقق الحلمُ ، یعنی که هر گاه موضوع تحقق پیدا کند ، حکم هم تحقق پیدا می کند ، ولو این موضوع مقدر الوجود باشد .

مقدمه دوم :

اشاره

اولا : در متن و باطن حکم ، این معنا خوابیده است که هیچ حکمی بدون موضوع نمی باشد . ، اعم از اینکه :

۱- این حکم به معنای اصطلاحی باشد که از آن تعبیر به حکم شرعی می شود .

۲- یا از قبیل احکام منطقی باشد که عبارتست از : (الاذعانُ بالنسبته)علی ای حال احکام شرعیه ای که فقه متکفل آنهاست هر یک مترتب بر موضوع اند :

چه احکام تکلیفیه ، یعنی وجوب ، حرمت ، استحباب ، کراهت و اباحه که هر یک بلا- تردید باید بر یک موضوعی حمل شوند

چه احکام وضعیّه ، مثل صحت و بطلان که به چیزی نسبت داده می شوند .

البته ، در بطن احکام وضعیّه نیز چه بالاستقلال و چه بالتبع احکام تکلیفیه خوابیده است .

الحاصل : گرچه فقه متکفل علم به احکام است ، لکن از ذات موضوع تراوش نمی کند بلکه موضوعات احکام در خارج از خود فقه اند و لذا باید که نخست به نحوی محرز شوند و سپس احکام بر آنها جاری گردد .

به عبارت دیگر : تحقیق موضوع در خارج ، سبب می شود که حکم مربوطه ، به سبب جعل و اعتبار شارع ثابت شود.

* پس متی تحقق الموضوع ، تحقق الحکمُ ، یعنی که هر گاه موضوع تحقق پیـدا کنـد ، حکم هم تحقق پیدا می کند ، ولو این موضوع مقدر الوجود باشد .

ثانیـا : از آنجـا که رابطه میـان موضوع و حکم در مقـام اثبـات و نه مقام ثبوت رابطه علیت است ، به این معنا که موضوع علت است و حکم معلول آن باید بگوییم :

اگر فقیه یک موضوع را بطور کامل نشـناسد و تمام ابعاد و زوایا و خصوصیات آن را به دست نیاورد نمی ِتواند آن موضوع را تحت قواعد عامه قرار دهد چرا ؟ به دو دلیل :

۱– اینکه در برخی موارد قاعـده ، نمی تواند که موضوع را ارائه دهد ، چنانکه گفته می شود که در(شـبهه مصداقیه نمی توان به عام تمسک کرد) بلکه نخست باید دید که آیا موضوع از مصادیق عام است یا نه ؟

۲– اینکه اگر بدون شـناخت کامل یک موضوع ، آن را حلال و یا حرام اعلام کنیم احتمال دارد که دچار کذب بشویم و حال آنکه خدایتعالی می فرماید : (وَ لا تقولُوا لِما تَصِفُ اَلسنَتَکمُ الکَذِبَ) (قرآن کریم / س نحل/۱۱۶)

نکته : معنای (کذب) در این آیه ، خبری است و نه مخبری یعنی با اینکه شخص دروغ نمی گوید لکن ممکن است که کلام دروغ باشد ، چرا که ممکن است مطابق با واقع نباشد .

ثالثا : شناخت موضوع علاوه بر مقام افتاء ، در مقام حکم نیز دارای نقش اساسی است .

فی المثل : به دو حکم ذیل در رابطه با حکم عکاسی اشاره می کنیم :

۱– مرحوم شـهیدی در حاشـیه خود بر مکـاسب می گویـد : امـا گرفتن عکس که درزمان ما رایـج است ، در آن دوچیز وجود دارد : یکی نگه داشـتن صورتی که در برابر شـیشه یا چیزی دیگر در ابزار عکس گرفتن (یعنی دوربین عکاسی) است ، یکی هم گرفتن عکس از همان تصویری که در آنجا نگه داشته می شود . اولی گرچه به نظر می رسد

که صورتگری نیست ، لکن سزاوار نیست که در صورتگری بودن دومی اشکال شود ، چنانکه در (فنّ) چاپ چنین است ، بلکه این چیز جز صورتگری نیست . (میرزا فتاح شهیدی ، هدایه الطالب ، ص ۴۰)

۲- مرحوم آقای خویی ، در این رابطه می فرماید : آنچه از ادله پیشین نهی کننده از صورتگری بر می آید عبارتست از : نهی کردن از ایجاد صورت ، چنانکه نهی از دیگر افعال حرام ، نهی از ایجاد این افعال در خارج است و ...

بر این اساس ، گرفتن عکس رایج در زمان ما حرام نیست ، چرا که عکس گرفتن ایجاد صورت حرام نیست و تنها گرفتن سایه و نگه داشتن آن به کمک دواست و ... . (مصباح الفقاهه ، ج ۱ ، ۲۳۳)

منشا اختلاف در این دو نگاه ، مربوط به شناخت موضوع است به این معنا که : مرحوم شهیدی ، عکس گرفتن را در موضوع شناسی خود ، نوعی صورتگری می دانست .

مرحوم خویی (ره) با شناخت بیشتری که در این رابطه پیدا کرده آن را متفاوت از آن صورتگری حرام می داند.

رابعاً : وقتی بحث از موضوع شناسی می شود ، هم شامل تعیین موضوع می شود ، هم شامل تشخیص مصداق . البته برخی قائل به تفاوت میان تعیین موضوع و تشخیص آن شده و فایده دایره موضوع شناسی را بسیار ضیق دانسته اند .

این نگاه ، تعیین موضوع و به تعبیری بیان چیستی موضوع را امری فقهی و از شان فقیه می داند که وی باید با رجوع به ادله ، آن را دریابد ، فی المثل فقیه :

در مرحله اول باید به بیان موضوع قصر نماز ، یا نجاست خون ، یا عدالت در امام جماعت و یا رؤیت هلال بپردازد .

در مرحله دوم ، تشخیص موضوع را که تحقق خارجی آن باشد دنبال کند .

بدین خاطر این نگاه نمود فایده موضوع شناسی را تنها در یک جا می داند و آن در جایی است که اماکن و موقعیت های خارجی ثابت است . مثل عرفات ، مشعر ، منا و .....که هریک ، موضوع حکم شرعی هستند . در اینجا نیز می گوید : گرچه تشخیص اینگونه موضوعات مربوط به همه مکلفین است لکن فقیه می تواند بار دیگران را به دوش کشیده و خودش آن را تشخیص دهد .

(موضوع شناسی در فقه گفت و گو با آیت الله سید علی محقق داماد ، ص ۲۷۴-۲۷۰)

خامساً : بـا توجه به گستردگی موضوعـات ، موضوع شناسـی می توانـد تـار بی اطلاعی درباره بسـیاری از موضوعات از جمله موضوعات مسـتحدثه و یا نوظهور مثل مرگ مغزی ، شـرکتهای هرمی ، شبیه سازی ، بانکداری و ... را از اندیشه فقیه بزداید تا وی در پرتو شناخت موضوعات بواسطه متخصصین و خبرگان حکم آنها را از لسان شرع بیان کند .

سادسـاً : موضوع شناسـی ، موجب زدودن اختلاـف میـان علمـاست در احکـامی از شـرع که منشـاء آن اختلافات ، اختلاف در دریافت موضوعات است و لذا با تبیین موضوعات این اختلافات هم مرتفع می شود .

سابعاً : نمی توان یک علم یا علوم خاصی را یاری بخش شناخت موضوعات مختلف دانست ، بلکه بسته به نوع موضوع ، علوم مختلفی در تبیین آن دخالت داشته باشند و لذا :

از متخصصین علم پزشکی گرفته تا جغرافیای طبیعی و سیاسی تا عالم رجالی و ... مورد رجوع فقیه هستند .

ثامناً : دو قاعده نزد امامیه مسلم و قطعی است :

۱- تبعیَّ-هُ الاحکام للملاکات ، یعنی که احکام شرع تابع ملاکات است .

بر اساس این قاعده ، احکام شـرعی صادر شده از سوی خدایتعالی باید حکمتی داشته باشد که آن حکمت ها ، همان ملاکات احکام است .

این ملاکات ، بخاطر رفع لغویت از احکام شرعیه :

-گاهی در متعلق هر یک از احکام اند ، اعم از اینکه ملاک مصـلحت باشد که باعث پیدایش حکم وجوب یا اسـتحباب است یا ملاک مفسده باشد که موجب تحقق حکم حرمت یا کراهت می شود .

-گـاهی در اکـثریت است به این معنـا که ممکن است در متعلـق یـک حکم ملاـک موجود نباشـد ، در عین حـال شـارع برای ضمانت حفظ ملاک ، حکم را در تعـداد کثیری از متعلقات حکم توسـعه داده و حکم عامی را صادر می کنـد .فی المثل : در اکرام فقیر ممکن است ملاک اکرام در هر فقیری نباشد ، لکن از آنجا که در اکثر فقرا ملاک اکرام و

مصلحت وجود دارد و ما هم توان تشخیص افراد فاقد ملاک را نداریم و لذا ممکن است شارع بفرماید : (همه فقرا را اکرام کنید) و در عین حال حکم او لغو هم نباشد چرا ؟ چونکه دارای ملاک احتیاط است . توضیح ذلک آنکه :

ما دو نحو از احتیاط داریم : (سید محمود شاهرودی ، مباحث الحجج و الاول العلمیه ، تقررات درس شهید صدر ج ۴ ، ص ۳۷۹)

الف) الاحتیاطُ فی مقام المتثال ب) الاحتیاطُ فی مقام التشریع

الف) احتیاط در مقام امتثال : در جایی است که حکم در مورد خاص خودش تشریع و در محدوده خود از ناحیه مولا صادر شده است ، لکن بخاطر اینکه علم اجمالی به دست آورده و یا احتمال تکلیف بیشتری داده و یا ... در مقام امتثال احتیاط کرده و عمل خود را بیشتر از آنچه مولا تعیین کرده ، اجرا می کند .

در واقع شارع ، مورد حکم را مشخص کرده و لکن مکلف در مقام امتثال آن را توسعه می دهد .

ب) احتیاط در مقام تشریع : احتیاطی است که خدایتعالی آن را در تشریعش مراعات کرده و بر اساس آن ، تشریعش را اوسع از ملاکات قرار داده است .

پس ملاک می تواند در برخی متعلقات بخصوصه نباشد و لذا به جهت همین احتیاط در تشریع ، تشریع توسعه یافته و آنها را نیز در برمی گیرد .

و اما گاهی ممکن است که ملاک در نتایج متعلق موجود باشد ، یعنی ضرورت ندارد که ملاک هر حکمی در متعلق

خود باد بلکه چه بسا خدایتعالی حکم را بر مقدماتی قرار دهد تا ما را به نتایجی برساند که ملاک در آن نتایج است .

در تبیین این مطلب به مثال عرفی ذیل می توان اشاره کرد :

– صاحب باغ یک بار به باغبان می گوید : باغ را آبیاری کن ، که وی هم می رود و باغ را آبیاری می کند . یک بار هم باغبان نمی گوید باغ را آبیاری کن ، بلکه می گوید فلان شیر آب را در دو کیلومتری باغ است باز کن ، چرا که می داند اگر وی شیر را باز کند ، آب خود به خود به باغ رسیده و باغ آبیاری می شود در نتیجه :

*گاهی حکم مستقیماً بر همان فعلی که مصلحت در آن وجود دارد بار می شود .

*گاهی حکم روی مقدماتی می نشیند که آن مقدمات خود به خود ما را به تمام مصلحت یا درصدی از مصلحت که در فعل است می رساند .

پس از این جهت نیز باز هم امکان دارد که خود متعلق حکم ، ملاک نداشته باشد ، بلکه آنچه دارای ملاک است ، نتایج متعلق حکم است و تفاوتی نمی کند دائمی باشد یا غالبی یا درصدی .

الحاصل : درست است که ما برای رفع لغویت می گوییم که احکام باید تابع ملاکات باشد لکن گاهی با اینکه در متعلقات بعضی احکام ملاک موجود نیست باز هم (صیانت فعل مولی از لغویت) تحقق می یابد . که دو نمونه آن توضیح داده .

یک نمونه در موارد احتیاط در مقام تشریع :

یک نمونه هم در مواردی که حکم شرعی بر مقدمات بار می شود لکن ملاک در نتایج آنها می باشد .

نکته : بحث در جایگاه قاعده (تبعیّهُ الاحکام للملاکات) درمقام ثبوت است و نه در مقام اثبات چرا ؟

چونکه ما موظف به اثبات رساندن ملاک و یا تشخیص آن در احکام الهی نیستیم گرچه ممکن است درصدی از ملاکات را تشخیص بدهیم .

به تعبیر دیگر چه بسا مقتضی حکم قابل تشخیص باشد لکن موانع و یا شرایط قابل تشخیص نباشد .

علی ای حال ثبوتاً مسلم است که تشریع و جعل احکام از سوی خدایتعالی بر طبق ملاکاتی است ، یعنی حکمی که تشریع می کند حتما بر طبق مصالح و مفاسدی است به نحوی که :

*اگر شرایطی در آنها دخیل است ، شرایط شان متوفر باشد .

* اگر با موانعی قابل ممنوع شدن باشد ، باید آن موانع مرتفع شود تا که خدایتعالی حکمش را بر آنها بار کند والا لغویت لازم می آید .

سوال : اگر ملاک قابل تشخیص نیست یا که ما موظف به تشخیص و جستجو از آن نیستیم

پس چرا از آن بحث می کنید ؟

در پاسخ می گویم این بحث در موارد مختلفی مفید فایده است

۱ – در بحث مقدمه واجب ۲ – در اجتماع امر و نهی

۱– در مقدمه واجب : وقتی گفته می شود که آیا وجوب ذی المقدمه مستلزم وجوب مقدمه است ؟

در صورت قبول این ملازمت ، باز این سوال پیش می آید که آیا سرایت وجوب ذی المقدمه به مقدمه در صورتی است که ملاک در متعلق حکم یعنی ذی المقدمه ،موجود باشد ، یا ولو متعلق ، عاری از ملاک است از باب توسعه در تشریع حکم شامل آن هم شده است و با هم وجوب آن به مقدمه اش سرایت می کند چرا ؟

چونکه اگر شمول حکم به جهت توسعه باشد ، چه بسا گفته شود که چنین وجوبی مستلزم وجوب مقدمه اش نمی باشد .

در نتیجه اگر شک کنیم که آیا وجوب ذی المقدمه دارای ملاک در متعلق است یا نه ، وجوب مقدمه به اثبات نمی رسد .

۲– اجتماع امر و نهی : اگر امر بر (جامع) آمده باشد و نهی بر (حصّه) این سوال پیش می آید که آیا محبوبیت جامع به حصّه هم سرایت می کند تا سبب امتناع اجتماع آن با حرمتی باشد که بر آن حصّه وارد شده است یا نه ؟

در اینجا :

*اگر بگوییم تلازم (یعنی سرایت محبوبیت جامع به حصّه) وجود دارد تضاد پیدا می شود .

* اگر بگویم این تلازم مسلم نیست ، چنین تضادی پیش نمی آید .

*حال اگر احتمال بدهیم که این ملاک ، از ملاک هایی است که در خود متعلق نیست ، ممکن است گفته شود که در اینجا تلازمی وجود ندارد .

۲- قاعده (تبعیهٔ الاحکام عَنِ العناوین) :

توضیح ذلک اینکه :

* شارع مقدس در تشریع احکام ،تشریع را بر عناوین یعنی مفاهیم ذهنی قرار داده است و لذا ممکن است که نام لغوی آن تغییر کند لکن حکم روی همان عناوین یعنی مفاهیم ذهنی و معانیی که عند التشریع آمده ، همچنان باقی بماند .

*این عناوین و قیود :

الف)گاهی در متعلق حکم اخذ می شوند .

- منظور از متعلق هم در احکام تکلیفی ، فعلی است که حکم متوجه آن شده است .

- این فعل در امر باید انجام شود و در نهی باید ترک شود

فی المثل : در تجبُ الصلاۀُ متطهراً ، مستقبلًا للقبل-ۀ : (الصلاۀُ) متعلق تجبُ و (متطهراً و مستقبلًا) قیود متعلق یعنی صلات اند . این قیود باید توسط مکلف رعایت شوند .

ب) گاهی قیود موضوع اند که از آن تعبیر به قید وجوب هم می شود .

و اما مراد از موضوع حکم در اینجا همان معنا و مفهوم ذهنی است که مورد قصد بوده که امکان دارد نام لغوی آنها تغییر پیدا کند ، لکن در عین حال ، حکم بر همان معنا و مفهومی که اکنون باقی است مترتب می شود .

البته قید موضوع به هر قیدی که در فعلیت یافتن حکم دخالت داشته باد اطلاق می شود به نحوی که اگر آن قید صدق نکند ، حکم به فعلیت نمی رسد و در حد همان جعل باقی می ماند .

علی ای حال چه بسا پس از جعل یک حکم توسط شارع ، به دلیل عدم تحقق قید در زمان جعل ، هیچکس موظف به اجرای آن حکم نباشد . فی المثل : چه بسا به هنگام نزول آیه شریفه (لله علی الناس حج البیت من استطاع الیه سبیلا) (آل عمران آیه ۹۷) کسی مستطیع نبوده است .

پس این حکم در آن زمان جعل شده است گر چه در همان زمان به فعلیت نرسیده است .

ص: ۱۴

در نتیجه : هر حکمی ، در مقام جعل ، یک جعل بیشتر ندارد ، لکن همان حکم در مرحله فعلیت تفکیک می شود.

به تعبیر دیگر : امکان دارد که یک حکم در یک زمان در مورد کسی به فعلیت برسد لکن در مورد کس دیگری به فعلیت نرسد .

الحاصل : استطاعت یکی از عناوینی است که به صورت قید در موضوع حکم اخذ شده است ، چرا که اگر استطاعت نباشد ، این حکم به فعلیت نمی رسد .

و یا فی المثل بلوغ عنوانی است که در موضوع تمام احکام شرعی اخذ شده است ، چرا که اگر کسی بالغ نباشد حکم در رابطه با او به فعلیت نمی رسد .

خلاصه : بلوغ ، عقل و استطاعت همگی نسبت به وجوب حج ، قیودی هستند که عناوین آنها در موضوع حکم اخذ شده است . (شهید ، دروس فی علم الاصول ، ج ۱ ، ص ۷-۱۰۶)

الحاصل : احکام تابع عناوین هستند . معنای تبعیت حکم از عنوانی که دخیل در موضوع است و شارع آن عنوان را قید موضوع حکم قرار داده است اینست که : تا این عنوان صدق نکند ، حکم به فعلیت نمی رسد . پس مراد از تبعیت ، تبعیت در مقام فعلیت است منتهی تبعیت

۱- گاه در مقام فعلیت است ۲- گاه در مقام اصل تشریع حکم است .

در اینجا حکم ، در مقام فعلیت ، تابع صدق عناوینی است که در موضوع قید قرار داده شده اند .

و اما معنای تبعیت حکم از عناوین (و یا قیودی) که در متعلق اخذ شده اند اینست که این قیود در مقام امتثال تاثیر می گذارد به این معنا که بدون مراعات این قیود ، امتثال حاصل نمی شود مثل : قید طهارت در نماز . در نماز ، طهارت قید موضوع یعنی وجوب نیست و لذا انسانی که فاقد طهارت است علی رغم فقدان طهارت ، باز هم ، وجوب نماز در حق او فعلیت دارد .

به تعبیر دیگر : قبل ا اینکه مکلف تحصیل طهارت کند ، وجوب (نماز مقید به طهارت)صل ِمتطهراً متوجه او می شود و به فعلیت می رسد . پس طهارت فقط قید متعلق یعنی صلات است .

الحاصل : در اینجا مراد و معنای (تبعی-ۀ ٴالحکم للعنوان) اینستکه اگر این عنوان و یا قید را مراعات نکنی و آن را نیاوری حکم را امتثال نکرده ای . (شهید در ، دروس فی علم الاصول ، ج ۱ ، ص ۲۸۸)

بنابراین : ۱ - مراد از تبعیت حکم از عناوین ، در عناوین دخیل در موضوع اینست که تا عنوان صدق نکند حکم به فعلیت نمی رسد .

۲- مراد از تبعیت حکم در عناوین دخیل در متعلق اینست که تا عنوان صدق نکند امتثال حاصل نمی آید .

الحاصل : انما الکلام در اینستکه : اگر یک عنوان در گذشته بر چیزی صدق می کرد ولکن در زمانهای بعد دیگر بر آن چیز صدق نکرد و یا بالعکس ، این موجب می شود که حکم ، در رابطه با هر دو مورد ، در همان حد خودش که تبعیت داشت عوض شود یعنی :

* اگر تبعیت در مقام امتثال بود حکم در مقام امتثال تغییر می کند .

* اگر تبعیت در مقام فعلیت بود حکم در مقام فعلیت عوض می شود .

فی المثل ، اگر از ادله استظهار شود که : در حرمت شطرنج بردو باخت (یا قمار) قید دخیل در متعلق است معنایش اینستکه : بدون برد و باخت ، معصیت صدق نمی کند . لکن اگر این قید باشد ، معصیت صدق می کند منتهی نه به این معنا که در حال اول ، حرمت فعلی است و در حال دوم فعلی نیست . به تعبیر دیگر ، اصل این حرمت که به شطرنج مشتمل بر برد و باخت تعلق گرفته همیشه فعلی است . اما اینکه آیا در عالم امتثال ، این حرمت امتثال شده یا نه بستگی به برد و باخت دارد یعنی اگر مشتمل بر برد و باخت بود معصیت شده .

واگر مشتمل بر برد و باخت نبود ، معصیتی تحقق نیافته است، با اینکه اصل حرمت فعلی است .

الحاصل :

*اگر در یک زمان قید برد و باخت وجود داشت حرمت بر بازی شطرنج مترتب می شود .

* اگر در زمانی دیگر خالی از قید برد و باخت بود و شطرنج بازی فکری بود عنوان قمار از آن منتفی می شود حکمش نیز منتفی می شود .

تاسعا :

تعریف موضوع در عبادات کار خود شارع است ، یعنی اینکه اگر شارع فرمود (صلّ)خود او باید که معنا و مسمای صلاه را که موضوع حکم وجوب قرار گرفته است بیان کند لکن وقتی از دایره عبادات بیرون آمده و موضوع در بستر طبیعت و علوم مربوط به آن قرار می گیرد دیگر شارع پاسخگوی ما نخواهد بود . فی المثل وقتی شارع می گوید : الدّم نجسٌ ، الربا حرامٌ ، البیع حلالٌ و ...... دیگر نباید از شارع پرسید که خون چیست یا ربا چیست و هکذا .... چرا ؟ بخاطر اینکه این امور در باب معاملات قرار دارد و شارع هم احکام را روی موضوعاتی برده است که در خارج وجود دارند پس فقیه برای به دست آوردن احکام اینگونه موضوعات باید که به متن واقع برود تا در یابد که معنای بیع ، ربا ، شفعه ، مضاربه و ... چیست ؟ البته اظهار نظر ائمه (ع) در موضوعات هم از این باب است که آنها نیز یکی از افراد عرف ، منتهی عرف آگاه ، هستند ، نه بعنوان شارع بودنشان به این معنا که بخواهند یک قانون کلی بگویند . فی المثل اگر کسی بگوید صرفاً معاملاتی صحیح اند که در زمان حضور معصومین (ع) رایج بوده اند چراکه احکام روی آنگونه معاملات رفته است ، حرف درستی نیست چرا ؟ بخاطر اینکه در زمان حضور امام (ع) معاملات به آن شکل و شیوه انجام می شده و رایج بوده است . فی المثل جعاله ، خود دارای انواع و اقسامی است . امروزه بیمه خود نوعی جعاله است که در زمان حضور وجود نداشت و یا به شکل رایج امروزی نبوده است . وظیه فقیه اینست که ببیند آیا قواعد عامه روی این نوع معامله مستحدث و نو ظهور تطبیق می کند یا نه ؟ لذا در اینجا

نباید به سراغ شارع رفت و پرسید که بیمه بعنوان یک قسم جعاله چیست ؟ چرا که جعاله یعنی قرار داد

و شارع برای خود قرار داد هم بیان ندارد بلکه صرفا فرموده (اوفوا بالعقود) (قران کریم سوره مائده آیه ۱)

از این بحث های مقدماتی به نتایج و فواید علم موضوع شناسی رسیده و می گوییم علم موضوع شناسی نتایج زیر را در بر دارد .

ص: ۱۷

نتایج علم موضوع شناسی :

۱- موجب شناخت مراجع موضوعات اعم از تعیین چیستی موضوعات و مصداق آنهاست .

۲- موجب شناخت اقسام موضوعات است اعم از :

۱ – شرعی

الف : موضوعات مستنبط ۲ - عرفی

الحاق حقیقی

۳ - لغوی الحاق به لحاظ آثار

۴ – الحاقی : الحاق به لحاظ اسم الحاق به لحاظ ارزش های مجازی الحاق مصنوعی به طبیعی یقین

اطمینان یا علم عرفی

شناخت موضوعات عرفی محض : بینه شیاع خبر ثقه

ب : موضوعات غیر مستنبط :

دست یابی به طرق تشخیص موضوعات تخصصی : علم و شیاع مفید اطمینان بینه و بوجهی با خبر ثقه

ص: ۱۸

تبیین موضوعات تخصصی تبیین حجت اهل خبره

وجه حجیت قول متخصص

۳- موجب : تعیین محدوده حجیت قول خبره

کیفیت تبیین موضوع از طرف کارشناس

کیفیت برخورد فقیه با رأی و نظر کارشناس

استحاله امور عینی : انقلاب انتقال متزاج

۴- موجب توجه دادن فقیه به اسباب تبدل موضوع در استهلاک قصد امور غیر عینی : اذن

عرف سفر

ص: ۱۹

توضیح و تبیین هر یک از نتایج فوق :

۱– شناخت مرجع موضوع اعم از تعیین چیستی موضوع و مصدق آن :

– فاروق میان فقیه و غیر فقیه به لحاظ تشخیص دهنده موضوع ، تقلیدی بودن یا تقلیدی نبودن موضوع است و لذا می گوییم :

*اگر موضوعی تقلیدی اعلام شد ، تشخیص دهنده آن فقیه است

*اگر موضوعی غیر تقلیدی اعلام شده تشخیص دهنده آن غیر فقیه است .

مرحوم صاحب عروه : در مساله ۶۷ عروه در این رابطه می نویسد که :

مورد تقلید ، احکام فرعی عملی هستند و لذا نتیجه می گیرد که :

۱– در موارد اصول دین ، اصول فقه ، مبادی استنباط ، موضوعات مستنبط عرفی و لغوی و موضوعات صرف ، تقلید جریان نمی یابد .

۲– در موضوعات مستنبط شرعی مثل نماز و روزه و امثال آن یعنی احکام عملی است که تقلید جریان دارد .

(سید محمد کاظم طباطبایی یزدی ، العروه الوثقی ، ج ۱ ، ص ۵۸-۵۶)

*لکن برخی در حاشیه همان عروقه الوثقی ، بطور کلی موضوع مستنبط را تقلیدی دانسته و گفته اند : به نظر می رسد که موضوعات مستنبط به لحاظ اینکه حکم شرعی را به دنبال دارند و تشخیص مفاهیم آنها نیاز به نظر و اجتهاد دارد مثل خود حکم ، تقلیدی هستند . (همان ماخذ ، حاشیه آل یاسین)

*مرحوم نائینی باز در حاشیه بر عروه در این رابطه می نویسد که : موضوع مستنبط مثل اینکه صعید خاک خالص است یا مطلق وجه الارض ، گر چه بنفسه مورد تقلید نیست ، لکن به دلیل اینکه حکم شرعی از قبیل جواز تیمم را به دنبال دارد ، مورد تقلید است .

۲ – موجب شناخت اقسام موضوعات است :

الف – موضوعات مستنبط ب – موضوعات غیر مستنبط

الف : موضوعات مستنبط :

موضوعاتی است که تشخیص و دریافت آنها نیازمند به دقت و تامل در منابع ادله ، از جمله عرف و ... می باشد .

به تعبیر دیگر ؛ موضوعاتی هستند که در آنها باید از مجتهد تقلید کرد گرچه در مواردی تبیین و تشخیص مفهوم آن به عهده دیگری باشد .

نکته : معنای مورد نظر همان معنای اول است .

بخش اول شناخت اقسام موضوع مستنبط :

اشاره

۱- مستنبط شرعی ۲ – مستنبط عرفی ۳- مستنبط لغوی

۴- مستنبط الحاقی

۱-مستنبط شرعی :

اشاره

موضوعی است که شارع در تمام یا جزء و یا قید آن دخالت کرده است و لذا این مستنبط خود بر دو قسم است : الف) مستنبط شرعی محض ب) مستنبط شرعی غیر محض

مستنبط شرعی محض : همان مخترع شرعی است چرا که دخالت شرع در این موضوع تام و همه جانبه است .

پس مخترع شرعی ، موضوعی است که شارع آن را ایجاد کرده و بدون تعلیم خود شارع معنای آن قابل دریافت نیست ، مثل ، صلاه ، زکات ، حج و ... .

نکته : از مخترع و یا موضوع شرعی ، به مستنبط شرعی هم تعبیر می شود چرا که فقیه باید آن را از ادله استخراج نماید .

مستنبط یا موضوع شرعی غیر محض : مخترع شرع نیست مثل سفر که دارای مفهومی عرفی است ، لکن شارع با افزودن و یا کاستن یک قید یا جزء یا شرط در آن تصرف کرده و آن را تحدیدی خاص کرده و موجب شکستن نماز و بطلان روزه قرار داده است .

پاسخگویی به احکام و امور مربوط به موضوع مستنبط شرعی محض :

دو قول در این رابطه وجود دارد :

۱- برخی معتقدند که پاسخگویی شبهات در رابطه با ماهیت مخترع شرعی محض ، شارع است ، چرا که خود شارع آن را ایجاد کرده است . هر چه را هم که شارع پاسخگوی آن است ، وظیفه دریافت آن بر عهده فقیه است . (موضوع شناسی در فقه ، گفتگو با محمد کاظم رحمان ، ص ۱۹۷

۲- برخی هم معتقدند که : تشخیص این قسم با فقیه است و روش است چیزی که تشخیص آن با فقیه است گر چه موضوع باشد ، تقلیدی می شود و باید آن را از فقیه آموخت .

(همان ماخذ ، گفتگو با آیت اله محمد علی گرامی ، ص ۲۴۸)

پاسخگویی به احکام و امور مربوط به موضوع مستنبط شرعی غیر محض :

برخی معتقدند که شارع موظف به بیان همان مقدار از این امور است که با تضییق یا توسیع موضوع در آن دخالت کرده است چنانکه به همان مقدار هم وظیفه فقیه است که بیان شارع را پیدا کند . اما مقداری دیگر از کار به عهده عرف است چرا که مفهوم موضوع مثلاـ (سفر) عرفی است . پس شناخت این نوع از موضوع ، مشترك میان فقیه و عرف است . (همان ماخذ ، محمد کاظم رحمان ستایش ، ص ۷-۱۹۸)

البته برخی معتقدند که حتی موضوعاتی از قبیل صوم و صلات نیز در عداد موضوعات مخترع شرعی نیستند ، چرا که قبل از اسلام نیز وجود داشته و برای خود حدود و ثغوری مشخص داشته اند و لذا هر یک دارای موضوع ثابتی هستند .(همان ماخذ ، گفتگو با آیت اله سید احمد مددی ص ۳۱۴ پس مخترع شرعی هم جزء همین بخش است .

۲- مستنبط عرفی :

- برخی معتقدند که این موضوع نیز همان مستنبط شرعی غیر محض است یعنی موضوعی است که از عرف اخذ و با تصرفاتی از ناحیه شارع ارائه شده است . البته قسمی را که شارع در آن تصرفی نکرده عرفیه صرف نامیده اند .

(همان ماخذ ، گفتگو با آیت اله احمد مددی ، ۳۱۴)

نکته : به نظر می رسد مستنبط عرفی موضوعی است دارای معنای عرفی که در لسان ادله وارد شده و فهم مراد شارع از آن نیاز به اجتهاد دارد. مغازه، وطن ، افتراق در بیع ، قبض و اقباض، غنا و ... از جمله مستنبطات عرفیه هستند و لذا تشخیص آنها هم با فقیه است .

۳– مستنبط لغوی :

و آن واژه ای است که در لسان ادله وارد شده و حکم شرع منوط به آن شده است و لذا نیاز به بررسی واستنباط دارد ، مثل واژه (صعید) در آیه شریفه(فَتَیَمَّموا صعیداً طیباً) که معنای آن مردد میان (تراب خالص) و (مطلق وجه الارض) می باشد و اما از آنجا که فقیه معنا را از ادله آن از جمله اقوال اهل لغت جویا می شود ، آن را مستنبط می خوانند .

۴ – موضوعات الحاقی :

موضوعاتی وجود دارد که اعتبار داشته و تشخیص دهنده آنها عرف است و لذا می توان آنها را در بخش مستنبط عرفی جای داد .

موضوعات الحاقی حداقل بر پنج قسم اند :

*الحاقی حقیقی : الحاق آن صحیح و قطعی بوده و تمام احکام فقهی بر آن مترتب می شود

فی المثل : گندم ایران و حجاز گر چه در شکل با هم متفاوتند ، لکن به لحاظ حکم تفاوتی با هم ندارند .

*الحاق به لحاظ آثار : که الحاق آن ناصحیح است چرا که همان قیاس است که از نظر امامیه مردود است .

* الحاق به لحاظ اسم : عدم الحاق در این قسم روشن است .

* الحاق به لحاظ ارزش های مجازی : که چنین الحاقی نیز غیر صحیح است چرا که بیش از یک مجاز در تعبیر نیست

* الحاق مصنوعی به طبیعی : که مواردی از آن در کتب فقهی مورد بحث واقع شده است ، فی المثل مرحوم آقای خویی (ره) در تفاوت میان استهلاک و استحاله ، در فرضی که خون از خاک تولید شده باد آن را پاک دانسته است چرا ؟

زیرا ادله نجاست ویژه خون حیوانی است که دارای خون جهنده است و خونی که پس از استحاله ایجادشده ، خونی است که اکنون بوجود آمده است و دلیلی بر نجاست آن نمی باشد .(علی غروی تبریزی ، کتاب الطهاره (تقریرات) ج ۳ ص ۵-۱۹۴)
به استفتاء ذیل و پاسخ ایشان بدان در رابطه با بول مصنوعی توجه کنید.

سوال ۱۱۵ :

یقوم الطلبیه فی المختبرات العلمیه فی الجامعات بتحضیر البول الصناعی و الذی یعتبر من الناحیه العلمیه کالبول الطبیعی للانسان من ناحیه الترکیب الکیمیاوی فهل یعتبر هذا نوع من البول طاهراً أم نجساً ؟

جواب الخوئی : لایحکم بنجاسه مثل ذلک فهو فی نفسه طاهر والله العالم (سید ابوالقاسم موسوی خویی ، صراط النجاه ، ج ۲ ، ص ۴۴)

بخش دوم : موضوعات غیر مستنبط :

اشاره

- منظور موضوعاتی است که تشخیص و دریافت هر یک از آنها نیاز به دقت و تامل در منابع ادله و از این قبیل مثل عرف ندارد .

این بخش از موضوعات خود بر سه قسم است :

۱- موضوعات عرفی محض (عرفی عام)

۲- موضوعات لغوی محض

۳- موضوعات تخصصی (عرفی خاص)

۱- موضوعات عرفی محض : موضوعات هستند که شناخت آنها نیاز به تخصص ندارد و نوع مردم هر یک را به لحاظ مفهوم و مصداق و یا هر دو بطور عادی تشخیص می دهند

ص: ۲۴

ابزار شناخت موضوعات عرفی محض یا عمومی :

* یقین : که هر کس از روی قرائن و شواهد و ادله به قطع برسد .

* اطمینان یا علم عرفی : به مرحله ای کمتر از مرحله یقین اطلاق می شود .

* بیّنه : دو و یا ... شاهد عادلی که مطلب را روشن می کند .

* شیاع : خبر دادن جماعتی است که مفید علم و یا اطمینان بر صدق آنان است .

* خبر ثقه : البته بنابر این خبر ثقه در موضوعات کفایت می کند . فی المثل این ابزار در ثبوت مسافتی که موجب قصر نماز می شود بکار می رود . (محمد حسین اصفهانی ، صلاه المسافر ، ص ۳۶و ۳۳) .

قاعده اولیه به هنگام شک در اینکه موضوع از قسم مستنبط شرعی است و یا عرفی محض : عرفی دانستن موضوع است .

محدوده تشخیص عرف :

- مرحوم امام خمینی (ره) هم تشخیص مفهم و هم تشخیص مصداق را به عهده عرف دانسته و حتی گفته است که : تشخیص مدعی و منکر هم عرفی است و آنچه نیز در روایات آمده در واقع ارشاد و بیان همان مطلب عرفی است .

- مرحوم نائینی (به نقلی) می گوید : آنچه به عرف واگذار شده تشخیص مصداق خارجی موضوع است نه مفهوم آن . (موضوع شناسی در فقه ، ص ۳۸۳)

- برخلاف نقل مذکور مرحوم نائینی ، تعیین مفهوم را به عهده عرف می داند و نه تشخیص مصداق را .

(محمد تقی املی ، کتاب المکاسب و البیع (تقریرات درس نائینی) ج ۱ ، ص ۱۱۷)

نکته : به نظر این نزاع لفظی است چرا که این تشخیص مفهوم است که در فتوای مجتهد دخالت دارد . البته گر چه این تشخیص به عرف واگذار شده است لکن باید گفت نه به عرف مکلف ، بلکه به عرف فقیه واگذار شده است به این معنا که این فقیه است که باید ببیند که عرف چه می گوید و آن را مبنای فتوای خود قرار دهد .

و امـا تشـخیص مصـداق در خـارج هم ، گر چه بـا مراجعه به عرف صورت می گیرد ، لکن این عرف ، عرفی است که مکلف باید به آن مراجعه کند ، نه فقیه . چرا ؟

چونکه خطابـات شارع متوجه عرف بوده است به این معنا که موضوع حکمش را با کلماتی که مخاطب می فهمیـده بیان کرده است .

الحاصل : تشـخیص مفهوم موضوع به عهـده فقیه است که آن را از عرف اخذ می کند و تشـخیص مصداق خارجی آن مربوط به مکلف است .

** موضوعات لغوی محض : موضوعاتی هسـتند که دریافت دانسـتن معنای لفظ نیاز به درنگ و تامل ندارد و احکام شرع هم منوط به آن نشده است .

البته تشـخیص این معنا اختصاص به فقیه ندارد و هر کس که مختصـر آشـنایی با لغت داشته باشد با همان تامل ابتدایی آن معنا را در می یابد .

** موضوعات عرفی خاص یا موضوعات تخصصی : موضوعاتی هستند که چه به لحاظ مفهوم و چه به لحاظ مصداق ، نیاز به پیش زمینه های تخصص و تحقیق دارند .

– به تعبیر دیگر موضوعـاتی هسـتند که نه در ادله وجود دارنـد و نه در توان عرف است ، تـا که ما انتظار آنها را از فقیه داشـته باشیم .

نکته : ابزارهای شناخت موضوعات تخصصی ، همان ابزارهایی است که در تشخیص موضوعات عرفی محض استفاده می شود . بـا این تفاوت که به دلیل ماهیت تخصصـی این موضوعات لازم است بیّنه یا ثقه در آنها کارشـناس باشـد و شـیاع نیز در میان خبرگان تحقق یابد .

– راهکارها به هنگام تعارض میان ابزارهای شناخت در موضوعات عرفی و تخصصی

صاحب عروه ، در آنجا که از ابزار شـناخت آب نجس ، علم ، بیّنه ، عـدل واحـد و سـخن ذوالیـد را برشـمرده است ، در رابطه تعارض ذولید (که قائل به نجاست یک شی است) با بیّنه ای (که قائل به طهارت همان شی است)

ص: ۲۶

می گوید : بیّنه طهارت مقدم است و در صورتی که هر دو طرف بیّنه داشته باشند ، هر دو بیّنه ساقط می شوند ، به شرطی که بیّنه طهارت مستند به علم باشد . اما اگر بیّنه طهارت مستند به اصل باشد ، بیّنه نجاست تقدم می یابد .

(سید محمد کاظم طباطبایی یزدی ، العروه الوثقی ، ج ۱ ، ص ۷-۹۶)

مرحوم خویی (ره) : در بحث تعارض اسباب ثبوت تطهیر ، علم وجدانی را در رتبه نخست و پس از آن بیّنه را بر دیگر اسباب مقدم می دارد و آن را پس از علم ، قوی ترین امارات و حجج می داند ، گرچه بلافاصله اقرار را بر بیّنه (در باب قضا) بیشتر می شمرد . (علی غروی تبریزی ، کتاب الطهاره ، (تقریرات درس خویی) ، ج ۳ ، ص ۲۸۵)

هم ایشان در رابطه با تعارض میان شیاع و بیّنه برای اثبات موضوع تخصصی (اعلمیت مجتهد) معتقد است : در صورتی که شیاع مفید علم باشد ، مقدم بر بیّنه است و الا بیّنه تقدم دارد .

مرحوم تبریزی (ره) هم در این رابطه فرموده است : در صورتی که شیاع مفید علم نباشد مثل اینکه شیاع میان غیر اهل خبره باشد ، به قول اهل خبره اخذ می شود خواه بیّنه باشد یا نه . (سید ابوالقاسم خویی ، صراط النجاه ، ج ۲ ، ص ۹)

به نظر ما ابزار شناخت نسبت به یکدیگر دارای تقدم و تاخرند و لذا علم در درجه نخست و پس از آن اطمینان یا علم عرفی قرار دارند . و در صورت نبود این دو ، به ترتیب نوبت به دیگر مراحل می رسد .

بنابراین چهارچوبه معینی در رابطه با حل تعارض میان ابزارهای شناخت در این زمینه ، ارائه نشده است و لذا بسته به نوع موضوع و استفاده از نوع ابزار مربوط به هر نوع نظریاتی ابزار شده است .

طرق تشخیص موضوعات تخصصی

اشاره

* علم و شیاع مفید اطمینان .

* بیّنه و به وجهی باخبر ثقه .

فی المثل مرحوم خویی (ره) در رابطه با طرق اثبات دو موضوع تخصصی (اجتهاد) و (اعلمیت) می گوید : اجتهاد و نیز اعلمیت مرجع با علم و شیاع مفید اطمینان و بیّنه و به وجهی باخبر ثقه ثابت می شود و در بیّنه و خبر ثقه .

البته در اینجا معتبر است که مخبر (در خبر ثقه) ، از اهل خبره باشد .

- مراد از اینکه گفته می شود تشخیص موضوع در شان فقیه نیست چیست ؟ اینست که:

۱ - شناسایی آن دسته از موضوعاتی که شارع به نحو جزئی و یا کلی در آنها دخالت کرده ، در همان حد دخالت شده به عهده فقیه است .

۲ - شناسایی آن دسته از موضوعاتی که شرع یا اصلا در آنها دخالتی نداشته یا اگر داشته در بخشی از آن نظر داشته ، تشخیص موضوع یا تماما و یا در همان حد دخالت نشده از عهده فقیه به عنوان فقیه ، بیرون است منتهی موضوع :

- اگر از موضوعات عادی است ، شناسایی آن هم عادی است و اگر از موضوعات تخصصی است ، شناسایی آن با خبره است .

نکته : به نظر می رسد که : دخالت فقیه ، در بیان مصادیق و یا مفاهیمی که شرع در آنها دخالت نکرده است ، صحیح نباشد . چرا ؟

چون که امکان دارد تشخیص مکلفین راجع به چنین موضوعاتی برخلاف تعیین فقیه باد .

مرحوم سید مصطفی خمینی (ره) در اینجا یک قدم به جلوتر گذاشته و اظهار می دارد که حتی اگر روایتی آن هم صحیح ، موضوعی مثل عیب را معنا کند ، صرف وجود روایت کافی نیست . چرا ؟ زیرا چه بسا روایت در صدد تعریف موضوع به حسب معنای پذیرفته شده در همان منطقه صدور روایت بوده باشد که در این صورت ، بر معنای نزد همان منطقه حمل می شود . (سید مصطفی خمینی ، مستند تحریر الوسیله ، ج ۲ ، ۷-۲۸۶)

الحاصل : در آن دسته از موضوعاتی که تخصص هستند و خود فقیه فاقد شناخت کافی نسبت به آن موضوعات است ، نیاز به متخصص و کارشناس می باشد .

- پس لازم است قبل از ورود به بحث مرجع شناخت ، چند نکته اساسی را به عنوان مطالب مقدماتی مورد بحث و بررسی قرار دهیم :

چند نکته اساسی :

۱– تبیین موضوعات تخصصی :

– موضوعات تخصصی عمومیت داشته و صرفا شامل موضوعات خارجی عینی مثل فلس ماهی و یا فلان عصیر اخذ شده از فلان میوه نمی شود بلکه اضافه بر موضوعات عینی ، شامل موضوعات یا مفاهیم ذهنی موجود در علوم انسانی هم می شوند ، منتهی باید بگوییم که :

– موضوع در یک قضیه حتی یک قضیه خارجی نمی تواند بصورت مستقیم یک امر موجود در خارج باشد ، بلکه مفهوم و صورت حاصل از امر خارجی در ذهن است که یا به شکل مفهوم جزئی شخصی است و یا به کل مفهوم کلی است .

– و اما در رابطه با مجرای موضوعات تخصصی باید گفت : این موضوعات در مواردی تخصصی هستند که حکم روی واقع رفته باشد مثل : فلس ماهی ..... چرا که اگر این ماهی را به دست عرف بدهیم به لحاظ مصداق ، او فلسی را نمی بیند و حال آنکه مفهوم آن روشن است لکن متخصص و کارشناس با ابزار مخصوص به این کار ، وجود فلس را در آن ماهی تایید می کند .

– پس در اینجا نه عرف و نه فقیه هیچیک معیار شناخت نیستند بلکه شناخت موضوع کار متخصص و یا خبره است چرا ؟

– چونکه حکم بر واقع بار شده است و شناخت این واقع طریق است و لذا کسی که نشان دهنده این طریق باشد ولو غیر عرف باشد می تواند که جهت شناخت این موضوع محل رجوع باشد .

* مفهوم غنا ، که اساسا در تشخیص معنای آن دچار مشکل هستیم و چه بسیار فقیه برای تشخیص این مفهوم به کارشناسان موسیقی نیاز دارد .

۲ – تبیین حجت بودن اهل خبره :

– مقدمه باید بدانیم که دو مجال و یا میدان برای رجوع به اهل خبره وجود دارد :

۱- آنجایی که شبهه ما موضوعیه است و تشخیص موضوع کار عموم مردم نباشد بلکه مربوط به متخصص آن موضوع باشد که در اینجا باید به متخصص یا خبره رجوع نمود .

نکته : رجوع فقیه در این مجال به اهل خبره برای به دست آوردن حجیات است و گفته می شود

موضوع ما در این شبهه ، از موضوعاتی است که برای عموم مردم قابل تشخیص نیست بلکه مربوط به علمی خاص است . این علم خاص دارای متخصص و خبره خاص خود می باشد . پس تشخیص و کلام اهل خبره در اینجا حجت است .

۲- آنجایی که اصل یک موضوع مثل شبیه سازی ، برای فقیه ناشناخته است و لذا برای اطلاع از معنا و مفهوم این موضوع و زوایای مختلف آن لازم است به متخصص و خبره آن مراجعه کند .

نکته : کلام اهل خبره در این میدان حجت است و لذا رجوع به وی برای به دست آوردن حجیت نمی باشد .

(موضوع شناسی در فقه گفتگو با حجه الاسلام و المسلمین حائری ، ص ۱۶۲)

۳ – وجه حجیت قول متخصص یا خبره نه از باب شهادت است و نه از باب خبر

۱- خبر نیست ، چون وقتی خبره درباره موضوعی سخن می گوید ، نظر و اندیشه خود را درباره موضوع ابزار می کند و لذا خبر از موضوع نمی دهد .

۲- شهادت نیست ، چونکه مشهود باید امری محسوس باشد یا که دارای سبب یا اثر حسی باشد و حال آنکه رای و نظر خبره هیچیک از این امور نمی باشد .

نکته – با رجوع به دلیل و یا پشتوانه حجیت قول اهل خبره یعنی سیره عقلا مراجعه می کنیم متوجه می شویم که عقلا در رابطه با خبره نه تعدد را لازم می دانند و نه عدالت را مگر در موارد خاص که :

۱- موضوع پیچیده و پر اهمیت باشد .

۲- در مواردی که شرع در آن دخالت کرده و تعدد یا عدالت و یا هر دو را شرط کرده باشد .

۴ – محدوده حجیت قول خبره یا کارشناس :

اشاره

گفته آمده که دلیل و یا پشتوانه حجیت قول اهل خبره دلیل لبی سیره عقلا است . از آنجا که دلیل لبی فاقد اطلاق و عموم است ، برخی به بیان قدر متیقن در آن پرداخته اند ، فی المثل مرحوم آخوند خراسانی در این رابطه می گوید : والمتَیَقَّنُ مِنْ ذلکَ اِنما هُوَ فیما اذا کانَ الرّجوعُ الوثوقَ و الاطمینانَ . (آخوند خراسنی ، کفایه الاصول ، ص ۲۸۷)

قدر متیقن از آن در جای است که رجوع عقلاـ به اهل خبره (در یک صنعت) موجب وثوق و اطمینان شود چرا ؟ زیرا بنای عقلاـ به هنگام شک و عدم اطمینان بر تعبد به قول اهل خبره نیست ، چرا که تعبد از وظایف متشرعه است . البته ، مرحوم حکیم این وثوق و اطمینان را (نوعی) می داند و نه شخصی ، چرا که بنای عقلا بر اعتبار این قسم استقرار یافته است . (سید محسن حکیم ، حقائق الاول ، ج ۲ ، ص ۹۵)

وجه حجیت رای و نظر کارشناس در چند نمونه فقهی :

غالب فقها ماضین و معاصر ، قول خبره را از مقوله شهادت دانسته اند و لذا شرط قبول رای اهل خبره را ، امور معتبر در شهادت برشمرده اند ، فی المثل ؛

– شیخ طوسی : در مبسوط ، در بحث وصیت در بیان اقسام بیماری ها می گوید :

... مرضی مشکل است که صرفا افرادی خاص آن را می شناسند و در این قسم از مرض به اهل خبره در پزشکی آنهم مسلمان ، نه اهل ذمه مراجعه می شود و ... سپس عدالت و تعدد را (مثل شهادت) در اهل خبره مذکور شرط می داند . (شیخ طوسی ، المبسوط ، ج ۴ ، ص ۴۵)

– مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد ، در بحث وصیت به هنگام سخن درباره تصرفات مریض ، تشخیص مرض مخوف را به عهده اهل خبره اهل طب دانسته .

ایشـان نیز عـدالت و تعـدد را در این اهل خبره شـرط کرده و پـذیرش خبر خبره واحـدی را که ظن قوی به صـدق وی می رود مشکل شمرده است . و هکذا دیگر فقها .

– محقق نراقی مساله را نه از باب خبر می دانـد و نه از مقوله شـهادت و نه حتی از باب صـرف رجوع به خبره ، بلکه آن را (با توجه به لسـان دلیـل یا اهمیت ویژه موضوع) منوط بر علم قرار داده است . وی این نظر را به سـرائر و نهایه نسـبت می دهـد . (ملا احمد نراقی مستند الشیعه ، ج ۱۶ ، ص ۲۴۰)

– مرحوم امام خمینی (ره) در یک مساله تخصصـی دیگری عـدالت خبره را معتبر نمی داند گرچه تعدد را اولی می داند اما در برخی دیگر از مسائل تخصصـی ، ضـمن اعلام مرجعیت خبره ، هم تعدد را شـرط می داند ، هم عدالت را . با این وجود ایشان در مسـاله تعیین ارش میـان مورد شـهادت و خـبره قائـل به تفـاوت شـده است وآن دو را از یکـدیگر متمـایز کرده است بـدین صورت که :

– اگر شخص از قیمت متداول و رایج بازار یا قیمت گذاری اهل خبره خبر دهد ، شروط شهادت را در حق وی جاری می داند .

– و اگر شخص خود اهل خبره باشد و نظر خودش را ابراز کند ، این شروط را در حق وی لازم نمی داند .

(امام خمینی تحریر الوسیله ، ج ۵ ، کتاب البیع ، ص ۱۳۶)

الحاصل : آنچه از نظر ما مهم است اینست که :

۱– روشن شود که خبره یا کارشناس درصدد واقع نمایی موضوع بوده و قصد فریب ندارد .

۲– فقیه نیز مبنای خودش را روشن کند که آیا در کارشناسی تعدد شرط است یا نه ؟

و آیا ظن آور بودن کلام کارشناس کفایت می کند یا که قطع لازم است .

علی ای حال باید بگوییم همه شـرایط و ضوابط مربوط به خبره یا کارشـناس در همه و یا تک تک موضوعات تخصصی مورد اتفـاق فقهـا نیست و لـذا هر فقیهی بـا تـوجه به نـوع موضـوع تخصصـی و ادله مربـوط به آن اقـدام به اعلاـم شـرایط قبـول نظر کارشناسی می کند .

ص: ۳۲

البته ، در مباحث بعد خواهد آمد که صرف اعلام نظر کارشناسی از ناحیه کارشناسی نمی تواند راه گشای حل مسائل تخصصی باشد . (موضوع شناسی در فقه ، گفتگو با مرحوم محمد هادی معرفت ، ص ۳۳۵)

۵ – کیفیت تبیین موضوع از طرف کارشناس :

اولاً : فقیه باید یک اطلاعات حداقلی از موضوعات خارجی داشته باشد تا بتواند تشخیص دهد که تبیین فلان موضوع باید به عهده کارشناس گذاشته شود یا نه ؟

فی المثل باید بداند که تلسکوپ چیست تا بتوان بحث رویت هلال را با وی در میان گذاشت .

و هکذا نسبت به معانی مختلفه ای از قبیل اقتصاد کلان و غیر کلان ، سرمایه گذاری و ... .

ثانیاً : متخصص یا کارشناس چند منظوره کار می کند به این معنا که :

۱– در مواردی باید که چیستی و ماهیت موضوع را برای فقیه روشن سازد ، مثل موضوع شبیه سازی .

۲– در مواردی هم باید که مصداق موضوع تعیین شده را به فقیه نشان بدهد ، مثل وجود فلس بر بدن فلان ماهی ....

۶ – کیفیت برخورد فقیه با رای و نظر کارشناس :

۱– برخی گفته اند اگر موضوعی بایدی باد ، با اعلام رای کارشناس و نبود معارض در این رای ، فقیه باید از آن متابعت کرده و بر اساس آن حکم خود را صادر کند .

۲– برخی بر آنند که دایره اختیار فقیه وسیع تر بوده و تصمیم گیرنده نهایی خود فقیه است چرا ؟

زیرا : از یک طرف رای و نظر کارشناس در نزد او حاضر است از طرف دیگر ادله در اختیار او هست مضافاً بر اینکه مذاق شارع را دریافته است و لذا لازم نیست که بر طبق رای کارشناس اظهار نظر کند و لذا می تواند که رای خود را در قالب احتیاط ابراز کند .

این مطلب از لسان برخی دیگر در قالب یک مثال به صورت ذیل است :

کارشناس چیستی موضوع را برای فقیه بیان کرده و فی المثل به وی می گوید : فلان معامله و قرارداد چنین و چنان بوده و ماهیت و چیستی آن به این شکل است .

و یـا پزشـک نسبت به کسـی که برای گرفتن یا نگرفتن روزه به وی مراجعه می کنـد بایـد ضـرری بودن روزه را از روی دلیل برای وی بیان کند .

اما در اینکه آن شـکل و یا صورت از معامله بانکی اشـکال دارد یا ندارد و اینکه آن مراجع روزه بگیردیا نگیرد ، به عهده فقیه است . (موضوع شناسی در فقه ، گفتگو با محمد هادی معرفت ، ص ۳۳۵)

نمونه هایی از دخالت فقیه در تعیین موضوعات :

در مواردی بـا اینکه موضوع ، عرفی و یـا تخصصـی است ، به دلیل اینکه فقیه خودش با موضوع آشـناست و بخاطر تسـهیل در کار خود وی ، موضوع و به تبع آن حکم را اعلام می کند .

به دو نمونه از این موارد توجه کنید :

۱- پلاـتین یا طلای سـفید و هکـذا فلز ورشو ، از موضوعات خارجی هسـتند که به ترتیب در طلا و نقره بودن آنها شک شـده است و لذا اهل تقلید وضعیت این دو موضوع را از فقهای مورد رجوع خود جویا شده اند . به پاسخ صاحب عروه در این رابطه توجه کنید .

آنچه از طلای معروف به طلای فرنگی ساخته می شود ، اشکال ندارد چرا که آن در حقیقت طلا نیست .

همچنین نقره ای که ورشو خوانـده می شود اشـکال ندارد ، زیرا در حقیقت آن نقره نیست بلکه(فلزی) زرد و سـفید است . (سید محمد کاظم یزدی ،العروه الوثقی ،ج ۱ ، ص ۳۱۶)

۲- استیل : یکی از شـروط صـحت ذبح اینسـتکه آلت ذبح از آهن باشد لکن در رابطه با آهن بودن برخی از فلزات بحث شده است که آیا آهن است یا نه ؟

حال در رابطه با این مصداق شناسی از فقیه سوال شده است .

۱- برخی آن را به تحقیق و سوال از اهل فن حواله کرده و گفته انـد که : تحقیق شود ، اگر حدیـد (یعنی آهن) باشد صـحیح است والا مجزی نیست .

ص: ۳۴

۲- برخی هم به صراحت آن را آهن دانسته اند و در نتیجه جواز آن را اینگونه اعلام کرده اند : بله ، استیل جزء آهن است و مانعی از ذبح با آن نیست و هکذا . (مرحوم خویی (ره) ، منیه المسائل ، ص ۱۷۶)

۳- توجه دادن فقیه به اسباب تبدل موضوع :

از آنجا که موضوع شامل امور عینی و غیر عینی می شود طبیعی است که تبدل موضوع هم در هر دو امر رخ می دهد و لذا لازم است به برخی از اسباب تبدل موضوع در هر دو قسمی که در فقه مطرح شده است اشاره کنیم:

اسباب تبدل در امور عینی (خارجی)

اشاره

*استحاله * انقلاب *انتقال * امتزاج * استهلاک * تجزیه * ترکیب

* استحاله :

از این مبدل در ابوابی از قبیل نجاست و آنچه سجود بر آن صحیح است بحث می شود . مباحث ذیل در این مبدل مورد بحث واقع می شود : تعریف استحاله ، ضوابط استحاله ، دلیل مطهریت استحاله ، اقسام استحاله .

* انقلاب :

این مبدل در باب استحاله جای می گیرد و پاک کننده مستقلی نیست . مباحث ذیل در این مبدل مورد بحث واقع می شود : تفاوت انقلاب با استحاله ، اختصاص یا عدم اختصاص انقلاب به خمر .

* انتقال :

در اینکه این مبدل یک مطهر مستقل است یا که از اقسام استحاله است بین فقها اختلاف نظر وجود دارد :

- مرحوم میرزای قمی انتقال را از استحاله جدا می داند و صرفاً عدم صدق اسم را موجب طهارت می شمرد بدون اینکه استحاله ای رخ بدهد .ایشان می گوید : به نظر می رسد انتقال خون (انسان) به بدن پشه یا کنه و امثال آن ، صرفا به خاطر عدم صدق اسم است چرا ؟ زیرا در عرف (خون انسان پس از انتقال دیگر) خون پشه و کنه است ، نه خون انسان و خون آنچه خون جهنده ندارد پاک است . بنابراین طهارت در این حال ، فقط به جهت تغییر حکم در شرع به سبب تغییر اسم است ، یعنی که شارع بر تفاوت حکم به سبب تفاوت دو اسم تصریح کرده است و این غیر از تغییرحکم به مجرد استحاله است . (میرزای قمی ، غنائم الایام ، ج ۱ ، ص ۴۹۲)

- مرحوم نراقی انتقال را مثل انقلاب از اقسام استحاله (تغیر عرفی اسم) دانسته است .

مباحث ذیل در این مبدل مورد بحث واقع شده است .

تعریف انتقال ، دلیل مطهریت انتقال ، عدم اختصاص انتقال به خون .

❊ امتزاج :

این مبـدل به معنـای آمیختن یک یا چنـد در یک یا چنـد چیز دیگر است و لـذا از نوع عالی این امتزاج به اسـتهلاک تعبیر می شود . البته امتزاج هم خود دارای اقسامی است .

❊ استهلاک :

این مبدل به این معناست که شی بدون آنکه به شیئی دیگر تبدیل شود ، اجزای آن چنان در شـی و یا اشـیاء دیگر آمیخته می شود که کأنّ در آن گم شده و قابل تشخیص نیست ، مثل اینکه یک قطره ی خمر در مقداری سرکه بیفتد .

مباحث ذیل در این مبدل مورد بحث واقع می شود .

تعریف استهلاک ، تفاوت استهلاک ، استحاله ، احکام استهلاک .

❊ تجزیه :

این مبدل را می توان به عنوان مصداقی برای استحاله مورد بحث قرار داد .

❊ ترکیب :

این مبـدل به حـالتی از آمیختن گفته می شود که شـیء قابل تمییز و تشـخیص باشـد گرچه نام جدیـدی بر مجموعه آمیخته ها اطلاق شود .

نکته : به نظر می رسد در عدم تبدل موضوع در این حالت تردیدی نیست و لذا نمی تواند از مبدلات موضوعات باشد .

اسباب تبدل در امور غیر عینی : (قصد – اذن – عرف – سفر)

* قصد : مثل نیت اقامت ده روزه در غیر وطن که نماز را تمام می کند .

* اذن : مثل اذنی که تصرف در مال غیر را از حرام به حلال تبدیل می کند .

* عرف :

* سفر : مبدلی است که نماز را از (تمام) به شکسته تبدیل می کند .

مسائل مستحدثه :

با توجه به هدف از بحث لازم است که مقداری از بحث را به مسائل مستحدثه اختصاص بدهیم :

مسأله و یا پدیده ای مستحدث و یا نوظهور است که :

۱- موضوعش جدید باشد .

۲- در کتاب و سنت ، نص خاصی در رابطه ی با آن موضوع وجود نداشته باشد .

۳- در منابعی که کاشف از سنت هستند ، مثل اجماع و سیره قطعیه ، به عنوان یک امر خاص نیز وجود ندارد .

علل ایجادی مسائل مستحدثه از نگاه اندیشمندان معاصر :

۱ – جدید بودن موضوعات در ابعاد مختلف زندگی بشر در رابطه ی با احکام .

اشاره

برخی از موضوعات رایج و مورد ابتلاء و استعمال و هکذا برخی از قیود و شرایط جدید موضوعات مطرح در عصر تشریح و صدور روایات ، یا وجود خارجی نداشته و یا به دلیل عدم ابتلاء شناخته شده نبوده است ، و لذا صدور حکم شرعی این موضوعات بدون ظهور آنها و شناخت عینی شان ، غیر قابل توجیه و غیر قابل فهم بوده است .

طرق نو پدید بودن موضوعات و قیود مذکور :

الف) جدید و نوظهور بودن ماهیت موضوعات

برخی از موضوعات و یا متعلقاتی که در مدار تکالیف دینی در عصر حاضر پدیدار گشته ، نه سابقه ی وجودی داشته

و نه در عرف پیشینه ی آشنایی داشته اند ، از جمله مسأله سلولهای بنیادی ، موجودات آزمایشگاهی ، مقررات دریایی و فضایی ، مالکیت فضایی کشورها ، سموم مختلفه و مواد شیمیایی و هکذا امثالهم ...

ب) جدید بودن و تحول در اسباب ایجاد موضوعات ،

مثـل : استـفاده از سـلول یـک فرد در شبیه سـازی و آفرینش انسان در شـرایط متفاوت برخلاف طریق طبیعی آن که مخلوق از نـاحیه ی دو فرد است که در نـتیجه مسائـل جدیـدی از جمله حکم مـالکیت و ارث در اینگـونه انسانهـا و هکـذا مملـوکیت در حیوانات مطرح می شود .

ج) جدید بودن راه های اثبات دعاوی در محاکم و ...

ابـداع راه هـای ظن آور و بعضاً علم آور در تشـخیص نسب و هکـذا هویت و نیز جرائم گوناگون در این عصـر غیر قابل انکار است ، به نحوی که به هنگـام صـدور فتـاوای فقهی و احکام قضایی نه می توان و نه بایـد که آنها را نادیـده گرفت و لـذا لازم است در رابطه ی با ارزش اثبات شرعی آنها و تأثیرشان در فتوی و حکم بررسی های لازم صورت بگیرد .

د) تغییر ظاهری موضوعات و یا تحول برخی از قیود و شرایط :

در عصـر حاضـر بهره گیری از ابزار و وسائل مـدرن امروزی در ذبح و یا صـید حیوانات و یا ساخت ابزار و وسایل الکترونیکی در تولید موسیقی و یا ابزار و وسایل جدید لهو و قمار و ... از موضوعات جدید و مستحدثه هستند .

هـ) تغییر و تحول در بنای عرف و عادت مردم :

فی المثل برخی از موضوعات در عصـر صدور روایات از نوع اموال از جمله اعضای بدن شایسـته خرید و فروش و یا مثل رجم از نوع اموال قابـل اجـاره نبودنـد ، در نتیجه خریـد و فروش آنها هم مطرح نبوده برخلاف عصـر حاضـر که اینگونه امور اداری منافع عقلانی بوده و مورد نیاز جامعه بشری هستند .

۲ – عدم حصول شرایط صدورحکم در عصر تشریع :

برخی از مسائل در عصر صدور روایات جای طرح نداشتند چرا که هنوز زمینه های لازم سیاسی و اجتماعی جهت بیان حکم و یا اجرای آن فراهم نیامده بود ، از جمله این امور تجارت جهانی ، بانک جهانی ، بورس به شیوه های جدید ، شرکت های بین المللی ، اخذ وام از بانک های کشورهای غیر مسلمان توسط کشورهای اسلامی و یا بالعکس و دادن یا گرفتن سود در قالب قراردادهای تجارتی و ...

هکذا شهرسازی ها با نقشه های جدید و در نتیجه احداث بزرگ راهها و اتوبان ها وخیابانهای عریض و طویل و ... با تصرفات حکومت اسلام در برخی از املاک و اموال مردم در جهت توسعه ی شهری و هکذا ...

۳ – انقراض و یا انعدام برخی از موضوعات و یا متعلقات برخی از احکام :

فی المثل : حکم به آزاد کردن عبد در برخی از موارد مثل ظهار ، حنث ، ایلاء ، قتل و ... ثابت است و حال آنکه امروزه دیگر برده ای وجود ندارد ،یعنی که موضوع حکم حقیقتاً از میان رفته است ، و لذا در اینگونه مسائل باید بحث از جایگزین مورد بررسی قرار گیرد .

۴ – عدم ابتلاء یا ندرت :

برخی از موضوعات به علت اینکه مورد ابتلای مردم نبوده و یا خیلی به ندرت مورد استفاده قرار می گرفتند ، به صورت ویژه ، حکمی درباره ی آنها صادر نشده است ، فی المثل : بسیاری از معادن اقتصادی و صنعتی زمینی که استخراج آنها در عصر تشریع اساساً وجود نداشت و یا بسیار نادر و بی اهمیت بود ، از این دسته موضوعاتند ، چنانکه انحاء حیازت طرق تملک آنها در روز گار ما از مسائل مستحدثه هستند .

ص: ۳۹

۵ – تحولات سیاسی و اجتماعی و پیشرفت های علمی :

نقش بسزای تحولات سیاسی و اجتماعی و پیشرفت های علمی در پیدایش مسائل مستحدثه غیر قابل انکار است . چرا ؟ زیرا : علاوه بر اینکه دخالت مستقیم در حصول شرایط بیان و نیز اجرای احکام دارند از عوامل مؤثر در پیدایش موضوعات جدید هم هستند . فی المثل : طرق و شیوه های مختلف حکومت ، تجارت ، کشف جرم و جنایت ، حتی برخی از شرایط عبادت از جمله نماز ، روزه ، بر اثر این تحولات از نوع موضوعات مستحدثی هستند که درعصر صدور روایات اثری از انها وجود نداشته تا حکم آنها بیان شود و یا اینکه حکم آنها تحت عناوین کلی دریافت شود . (مسائل مستحدثه در اقتصاد اسلامی ، آقای دکتر خادمی)

ذکر چند مثال ، با توجه به ثبات موضوع و تغییر قیودات آن و یا تغییر عنوان

گاهی اوقات بخاطر مصالحی ، حکم کلی الهی را بر موردی تطبیق داده اند که با رفتن آن مصلحت و یا تغییر شرایط در زمانها و مکانهای مختلف ، حکم نیز از روی مصادیق جدید برداشته می شود و لکن هنوز هم تصور می شود که همان حکم سابق بر این مصادیق جدید ، ساری و جاری است ، فی المثل :

۱- اراده ی خدایتعالی به این تعلق گرفته است که به فرد مسافر تخفیفی بدهد و نماز او را از نماز شخص حاضر کوتاه تر کند و لذا فرمود : وَ اِذا ضَرَبتُم فی الأرضِ فَلیس علیکم جُناحٌ اَن تَقصَروا من الصلاهِ اِن خِفتُم اَن یَفتِنَکُم الذین کفروا اِنَّ الکافرین کانوا لکم عدّواً مبیناً (سوره نساء آیه ۱۰۱) (و چون در زمین سفر کردید بر شما گناهی نیست که نماز را کوتاه کنید ...) بنابراین ، حکم خدا تخفیف بر مسافر بوده و لذا حضرت پیامبر (ص) :

الف) با بیان و عمل خود ، کوتاه کردن را به دو رکعتی کردن نمازهای چهار رکعتی تبدیل نمودند

ب) و مسافرت را به یک روز راه در آن زمان لکن با توجه به محیط حجاز و شرایط جغرافیایی و اقلیمی خاص و وسیله ی رفت و آمد در صحاری که بیشتر شد و امثال آن بود تفسیر فرموده است .

(وسائل الشیعه ، ج ۵ ، ص ۵۲۹ چاپ اسلامیه)

حدیث ذیل می تواند دال بر این مطالب باشد :

وَ قَد سافَرَ رَسولُ الله (ص) اِلی ذی خَشبٍ وَ هِیَ مَسیرَهُ یومٍ مِنَ المدینه ....فَقَصَّرَ وَافطَرَ فَصارت سُنَّهً .

(من لا یحضزه الفقیه ، ج ۱ ص ۴۳۴)

ائمه اطهار علیه السلام نیز فرموده اند که سنت بر همین استوار شده است چرا که از ناحیه آن بزرگواران وارد شده است که (جَرَتِ السُّنَّهُ بِیاضِ یومٍ) (وسابل الشیعه ، ج ۵ ، ص ۴۹۲ ، چاپ اسلامیه)

از آنجا که یک روز راه رفتن در آن روزگار با توجه به شرایط آب و هوایی و وسیله ی سواری موجب مشقت

مسافرین بود ، هشت فرسنگ تعیین شد . چرا ؟ زیرا فاصله ی ذی خُشُب تا مدینه یک روز راه یا ۲۴ میل یا هشت فرسنگ بود . (وسایل الشیعه ، ج ۵ابواب الصلاه المسافر باب ۱)

این تعیین مسافت کار را برای مردم آسان تر می کرد به این معنا که اگر در وسط روز به مسافرت می پرداختند ، یا اگر شبانه به حرکت می پرداختند یا اگر احیاناً ایاب و ذهابشان مرکبی تیز تک بود ، بدانند که در آن شرایط مسافر نیستند

اما این معیار زمان و مکان و شرایط کم کم به فراموشی سپرده شد و گمان شد حکم الهی بر طی مسافت هشت فرسنگ استوار شده است . و حال آنکه با بررسی روایات می توان ادعا کرد که موضوع بحث آن بوده است که گذشت .

پس حکم الهی در کوتاه شدن نماز برای مسافر ، یک روز کامل مسافر بودن است و تعیین مسافت صرفاً یک تطبیق است .

حال سئوال اینستکه اگر امروزه فردی در بعداز ظهر یک روز و با هواپیما در ۲ ساعت ۸۰۰ فرسنگ راه را بپیماید باز هم مسافر است ؟

۲- حکم مرتد :

مطلب اول : یک وقت یک کسی با شناخت کامل وارد اسلام می شود و سپس از آن بر می گردد و علاوه بر رجوعش به ستیز و مقابله ی اسلام که دینی مطابق عقل و فطرت است می پردازد .

به تعبیر دیگر : با پای نهادن بر عقل و فطرت خود علیه اسلام جبهه گیری عملی کرده ، تبلیغات خصمانه به راه می اندازد .

در اینجا حکم اعدام مرتد از احکام ثابت و غیر متغیر بوده و به لحاظ شرعی کاملاً قابل دفاع است .

مطلب دوم : اگر ما کسی را مشمول حکم ارتداد بدانیم که مثلاً به تقلید از پدر و مادر به اسلام گرویده است لکن سپس از آن و بدون اینکه شناختی از اسلام پیدا کرده باشد ، به تحقیق در دین دیگری بپردازد و (ولو) به غلط به آن دین بگرود، تبلیغی هم علیه اسلام نکند و یا اگر مرتد را شامل کسی بدانیم که مثلاً به حکمی فرعی دین اشکال دارد و یا منکر یکی از احکام فرعی اسلام است ، معذلک تصریح به اصول اعتقادی اسلام می کند .

در این دو صورت ، دفاع از حکم اعلام مرتد در این زمانه مشکل و بلکه غیر ممکن است . چرا ؟

زیرا اینگونه برخورد کردن با نسل امروزی ، عامل ناخشنودی آنان از چنین تفکری و گرایش پیدا کردن به مکاتب دست ساز بشری و یا دیگر ادیان می شود .

الحاصل : اگر این حکم با توجه به چنین موضوعی که در دو صورت اخیر مطرح شد اگر صحیح باشد ، مربوط به افراد و یا قبایلی در روزگار نوشته بوده است که گرایش های دینی خود را به تبع از رؤسای قبایلشان بطور مرتب تغییر می داده اند .

پس اعلام اینگونه از احکام و یا عمل به آنها مربوط به محیط های محدود بوده و موجب جلوگیری از احساسات زود گذر و وارد کردن افراد به شناخت از دین و بقای بر آن و ... بوده است

بنابراین : شارع این حکم را با این موضوع گسترده برای همه ی زمانها و همه ی مکانها وضع و یا جعل نکرده است و لذا احتمالات ذیل به ذهن می رسد :

الف) اینکه حاکمان اسلام با مصلحت اینکه افراد ، هر روز به یک دینی نگروند و دائماً به تغییر عقاید و تذبذب خاطر نیفتند و بر عقیده خود ثابت باشند این حکم را وضع کرده اند .

ب) با توجه به اینکه فقهاء حکم مرتد را در بحث تعزیرات مطرح کرده اند نه حدود ، به نظر

می رسد که حکم مجازات مرتد مربوط به نظر حاکم بوده است تا وی بتواند مطابق صلاح دید خود برای مرتد مجازاتی از جمله اعدام را تعیین کند .

۳ - حکم حرمت در ساختن مجسمه :

در عصر تشریع بخاطر نزدیکی به عصر جاهلیت و بت پرستی ، چون امکان پرستش مجسمه وجود داشت و لذا از ساختن ، خرید و فروش ، نگهداری مجسمه منع گردید تا آنجا که کشیدن تصویر هم ممنوع شد . لکن امروزه دیگر کسی مجسمه ای را نمی پرستد ، تا آنجا که مجسمه ها در اشکال مختلف عروسکها از ابزار و وسایل سرگرمی کودکان شده است چرا که آن مفسده ی روزگار گذشته را ندارد . در نتیجه ، حکم حرمت ساخت یا خرید و فروش و نگهداری آن نیز وجود ندارد .

ص: ۴۳

مصالح و تغییر احکام:

۱- گاهی مصلحت و یا مفسده ی یک موضوع مثلاً مورد تصریح شارع مقدس شده و از ناحیه ی آن علت مصرّح حکم نیز جعل شده است و این برای ما قابل فهم است .

در این صورت با رخت بر بستن آن مصلحت و یا مفسده ای که جنبه علیت داشت ، حکم نیز رخت بر می بندد .

۲- گاهی هم مصلحت به نحو حکمت است ، منتهی ممکن است که در مورد یا مواردی آن مصلحت نباشد لکن مع ذلک شارع یا ائمه اطهار علیهم السلام ، همان حکم را بار کرده باشند .

در این صورت نمی توان با صرف از میان رفتن مصلحت ، حکم را ملغی دانست .

۳- و اما اگر به مصلحت و مفسدت در کلام شارع تصریح نشده باشد لکن عقل از روی یقین و به نحو قطعی ، علت جعل حکم را بشناسد ، چنین علتی نیز مثل علت مخصوص بوده و حکم دائر مدار این علت است .

لذا اگر عقل حدس قطعی نزند و احتمال خلاف در آن بدهد ، مثل همان حکمت است که حکم دائر مدار آن نمی باشد ، فی المثل اگر شارع دفن میت را واجب دانست و ما یقین کردیم که علت دفن صرفاً جلوگیری از انتشار بوی تعفن آن است، درصورتی که شخصی در صحاری و یا بیابان بمیرد که کسی در انجا سکونت ندارد و یا محل عبور و مرور کسی نیست ، دفن چنین کسی واجب نخواهد بود . اما اگر جلوگیری از انتشار بوی تعفن یکی از حکمتهای مترتب بر دفن باشد یعنی که حکمت های دیگری از جمله احترام به میت و ... هم مطرح باشد ، حتی در بیابان هم باید که میت را دفن نمود .

ص: ۴۴

نمونه هایی از تغییر حکم با توجه تغییر فوائد و یا منافع :

۱– خرید و فروش خون :

در گذشته با توجه به اینکه خون را بعضاً در درون روده احشام ریخته و آن را کباب می کردند و می خوردند و یا به طور دیگری از آن استفاده می کردند که موجب امراض و بیماریهای مختلفی می شد ، شارع خوردن آن را حرام و به دنبال آن معامله اش را نیز حرام نمود .

لکن در روزگار امروز با وجود اینکه ماهیت خون با ماهیت روزگار گذشته اش یکی بوده و تغییر نکرده به دلیل استفاده صحیح از آن و عدم آلوده سازی اش به این معنا که آن را در بسته های بهداشتی و محیط های مناسب قرار داده و دارای منافع عقلائی از جمله نجات بیماران استفاده می شود ، دیگر در تحت معاملات حرام قرار نمی گیرد و معامله ی آن مثل دیگر موضوعات مباح می باشد.

۲– خرید و فروش مردار :

اشاره

در گذشته های دور بیشترین مصرف افراد از مردار و خوردن آنها بود و لذا خوردن و به تبع معامله ی آن با توجه به ضررهای بسیار و مفاسدی که به بار می آورد حرام شد .

لکن در عصر حاضر سفره ی مردار خوری جمع شده است ولی مردار حیوانات را با دستگاههای مدرن خشک و سپس به پودر تبدیل کرده و به مصرف دام و طیور می رسانند و لذا دیگر جایی برای حرمت معامله بر آن باقی نمانده است

الحاصل : با توجه به دفع مفاسد در استفاده و ایجاد منافع عقلایی دیگر محرمات و نجاسات نیز اگر عند العرف منافع حلال ، غالب و قابل قبول داشته باشند و دیگر استفاده حرام آن مورد نظر نباشد ، حلالند .منتهی این حلال بودن از باب تغییر حکم و یا تغییر حرام های شرعی نیست بلکه عنوان مردار ، عنوان خون و ... به اموری اشاره داشته است که منفعت عقلائی حلال ، نداشته اند . اما در این روزگار الفاظ مورد بحث دیگر اشاره به آن کلی بلامنفعت ، ندارد و لذا دیگر دلیلی بر حرمت معامله ی بر آن وجود ندارد

ص: ۴۵

انما الکلام در چیست ؟

در اینستکه توجه بحث موضوع شناسی و متعلقات آن ، علاوه بر چیره گی بخشیدن به فقیه در حکم مسائل مستحدثه به ما می فهماند که چه بسا حکمی که در یک روایت صحیحی که دارای سندی محکم و دلالتی متقن است به دلیل فقدان مصلحت در عصر ما مبین موسمی بودن آن و یا به عنوان یک قضیه ی خارجیه به زمان و مکانی خاص اختصاص داشته و مربوط شرایطی

ویژه ای بوده است . بنابراین لازم می آید که در رابطه ی با احکام و موضوعات به ویژه موضوعات غیر عبادی از جمله امور معاملاتی و اقتصادی و هکذا سیاسی ، آموزشی و مدیریتی ، مطالعات تاریخی ، محیطی ، جغرابیایی ، اخلاقی ، فکری و ... بصورت میدانی و بطور وسیع صورت پذیرد تا که فقیه دریابد که حکم مورد بررسی تحت چه شرایطی و با چه معیارهایی صادر شده است .

ص: ۴۶

نمونه هایی از مسائل مستحدثه اقتصادی و چگونگی پیاده کردن اصول مذکور بر آنها

نمونه اول : بیع زمانی یا تایم شر . « Time sharing

۱– تعریف:

واژه « Time sharing»

در لغت به معنـای سـهم زمـانی یا مشارکت زمانی است و در اصـطلاح آنچنان که در فرهنگ حقوقی Black ذکر شده است شکلی از مالکیت زمان بندی شده ی مال است که عموما در اماکن تفریحی و املاک مشاعی رواج دارد که مخصوص گذران اوقات فراغت است و در آن ، چند مالک استحقاق می یابند که هرکدام برا ی مدت معینی در هر سال از آن استفاده می کنند.

۲– انواع مالکیت زمان بندی شده

اشاره

مالکیت عین به دو صورت می تواند زمان بندی شود :

الف : تقسیم ملک مشاع در میان شـرکا به صورت تقسـیم حقوق انتفاع برای هر کـدام از آن ها در زمان های تعیین شـده بر اساس سهام ، مثلاً : یک ملک مشترک بین دوازده نفر که همه به مقدار مساوی دارای سهام هستند به دوازده سهم تقسیم شده و برای هر سهم به صورت دائمی به مقدار یک ماه در هر سال حق استفاده از عین داده می شود.

(البته بـا فرض عـدم تفاوت ارزش انتفاع در ماه های سال و در فرض تفاوت ، می تواننـد مثلاً مـدت رابیست روز یا چهل روز قرار دهند تا در تمام فصول گردش کنند.)

ص: ۴۷

در این نوع از زمان بنـدی ، تقسـیم ملک مشاع میان شـرکا بر اساس اجزای زمان صورت می گیرد . بر خلاف آنچه در املاک مشاع مرسوم است که خود عین به مقدار سهام مشترک به اجزای مختلف تقسیم می شود و به هر شریک سهمی به نسبت سهام مشـارکت اختصـاص داده می شود. این نوع تقسـیم که در فقه اسـلامی از نوع «مهایات» است می توانـد در ضـمن عقـد لازمی انجام گردد تا حتی اگر مهایات را از عقود لازم ندانستیم باز هم قابل فسخ نباشد.

قرارداد بیع در این نوع زمـان بنـدی علاوه بر این که بـا تعریف بیع زمـانی و مـالکیت زمان بنـدی منطبق است از نظر فقهی نیز قرارداد جدیـدی نبوده و همـان بیع ملـک مشاع است منتهی سـهم هر مالک بر اساس زمان تعیین شـده است ، بنابراین ادله و از نظر کلی فرقی با بیع یک جزء از تمام عین ندارد.

ب: تقسـیم ملـک غیر مشـاع بر اسـاس اجزای زمـانی توسـط مالـک کل عین (یعنی تبـدیل ملک غیر مشاع به مشاع زمانی)مثلاً فردی ملـک خود را به دوازده سـهم تقسـیم کرده و هر سـهم را به مـدت یـک ماه در نظر گرفته و مالکیت عین مورد نظر را به مـدت یک ماه در هر سال به شـخص دیگری واگـذار می کند ، همان گونه که در این زمان برخی از شـرکت ها در خصوص برخی از ویلاها و هتل های کنار دریا و یا تفرحی انجام می دهند.

در این نوع مالکیت (مالکیت زمان بند ی شده) دو بحث قابل طرح است.

۱- مقصود از مالکیت زمان بندی شده و بررسـی امکان و عدم امکان تقسـیم مالکیت عین به دو صورت زمان بندی ، یعنی آیا از نظر شـرع مقـدس اسـلام می توان مـالکیت عین معین را به صورت گردشـی در هر مـاه یا هفته معین از سال به اجزای زمانی تقسیم کرد ؟

۲- بررسی حکم انتقال مالکیت زمان بندی شده ؛ یعنی آیا چنین مالکیتی قابل انتقال به غیر است ؟

ص: ۴۸

اگر هست چگونه و در قالب چه قراردادی ؟

به تعبیر دیگر : در این مسأله بحث موضوعی داریم و بحث کلی :

بحث اول : مقصود از مالکیت زمان بندی شده و امکان زمان بندی مالکیت ملک غیر مشاع .

- منظور از مالکیت زمان بندی شده در اینجا این است که یک ملک معین غیر مشاع را به اجزاء مختلف زمانی تقسیم کرده که ملکیت عین در زمان تعیین شده به صورت گردشی ، دائماً برای مالک تکرار شود ، بنابراین (برخلاف آنچه که برخی گمان کرده اند) مالکیت زمان بندی غیر از مالکیت موقت است که ملکیت عین فقط برای مدت معینی برای فردی تعیین شده و پس از آن مدت ، هیچ ملکیتی برای آن فرد نمی ماند و کل ملک مورد نظر دوباره به صورت دائمی به ملک مالک باز می گردد.

- در مورد امکان و عدم امکان مالکیت زمان بندی شده با توضیح فوق دو وجه وجود دارد :

۱- عدم امکان ملکیت زمان بندی شده

اشاره

ادله این وجه را می توان از برخی دلیل های فقها که در رد مالکیت موقت بیان کرده اند استفاده کرد. زیرا ماهیت برخی از این دلیل ها به گونه ای است که در مورد مالکیت زمان بندی نیز جریان دارد . این ادله عبارتند از :

الف: ملکیت ، عَرَض قاراست و عَرَض قار

قابل تحدد و تقیید به زمان نیست در نتیجه نمی توان ملکیت را به زمان های مختلف تقطیع و تحدید کرد.

ب : اعیان از نوع جواهر بوده و قابل تحدید به زمان نیستند ، مثلاً نمی توان گفت : کتاب امروز ، کتاب فردا .

ج : تقیید ملکیت به زمان بر خلاف قاعده سلطنت است ، زیرا مالک عین که فقط در زمان معین دارای مالکیت است نمی تواند برخی از تصرفات مثل تخریب و تغییر ملک را انجام دهد.

ص: ۴۹

د: طبیت ملکیت و ماهیت آن ، مقتضی عدم تقیید به زمان است.

ه- : ملکیت منقطع دارای سابقه ای در شرع نیست تا تأیید وامضای شرعی شامل آن شود.در نتیجه ادله احکام ملکیت مطلق ، ربطی به این نوع از ملکیت ندارد.

نقد و بررسی :

نقد دلیل اول :

اولاً: امور قاراگرچه ذاتاً با زمان قابل اندازه گیری و تحدید نیستند ؛ ولی از آنجا که در ظرف زمان قرار دارند می توان آن ها را با توجه به زمان های مختلف به بخش های زمانی تقسیم کرد.

ثانیاً : ملکیت از امور واقعی نیست ، بلکه از امور اعتباری است و حقیقت آن عین اعتبار عقلا یا شارع است و تشخیص موضوع آن دست عرف است و عرف امروز در بسیاری از مناطق دنیا چنین تجربه ای را پذیرفته است.

نقد دلیل دوم : در این نوع معامله، عین ملک تحدید به زمان نمی شود بلکه ملکیت آن که امر اعتباری است مقید به زمان می شود.

نقد دلیل سوم : سلطنت بر ملک به مقدار ملکیت است و در ملکیت زمان بندی فرض بر این است که مالک دارای ملکیت مطلق نیست ، همانند ملکیت موقوف علیهم نسبت به عین موقوفه و مانند ملک مشاع معمولی که هیچ یک از شرکا به تنهایی حق تخریب و تغییر آن را ندارد.

ص: ۵۰

نقـد دلیل چهارم : ملکیت قراردادی عرفی است ، ودر ماهیت آن بر حسب عرف و بر حسب شـرع ، قیـد دوام و عـدم تقییـد به زمـان ، اخـذ شـده اسـت . تنهـا دلیلی کـه قابـل بحث و گفتگـوست دلیـل پنجم است و می تـوان آن را چنین توضـیح داد : در مالکیت زمان بنـدی شـده ملکیت مالك به صورت منقطع و گردشـی ، دائماً قطع ووصل می شود و این نوع ملکیت هیچ سابقه ای در عصر تشریع و عصر ائمه «ع» ندارد.

ولی این دلیـل نیز به هر حـال قابـل خـدشه است زیرا می دانیم بسـیاری از معاملاـت در نصوص شـرعی و غیر معصومین وجود نداشـته و بعـداً ابـداع شـده ، ماننـد قرارداد بیمه با انواع و اقسامی که دارد و همچنین شـرکت های جدید الاحداث ، نبودن این گونه مصادیق در عصر ائمه «ع» مانع از تمسک به عموم (اوفُوبا لعقود) و

«المومنون عنـد شـروطهم» نخواهـد شـد و بیع ملـک بر اسـاس زمـان ، هنگـامی که از سوی عقلاـ به عنوان یک قرارداد معقول شمرده شد و دارای ارکان صحت عقد بوده ،عمومات احکام معاملات ، شامل آن می شود.

به تعبیر دیگر : گرچه موضوع جدیـد است اما حکم ، جدید نیست نظیر سـفرهای فضایی که در عصـر معصومین وجود نداشـته در حالی که اگر شرایط شرعی سفر در آن جمع باشد احکام سفر شامل آن می شود.

۲ – امکان ملکیت زمان بندی شده :

اشاره

برای این وجه ، دو دلیل قابل ذکر است :

دلیل اول : ملکیت امری عرفی و تابع اعتبار عرف است و چون امروزه ملکیت زمانبنـدی شده مورد قبول عرف است و دلیلی بر نفی آن در شرع مقدس وجود ندارد می توان ملکیت زمانبندی شده را نیز از مصادیق ملکیت دانست.

دلیل دوم : ملکیت زمان بندی شده در متون فقهی ، در موارد مختلف سابقه دار است .

در نتیجه از نظر فقهی چنین ملکیتی ، پـذیرفته شـده است ، مثـل مسـأله وقف بر اولاد و نیز در مواردی که مالک طی قراردادی خانه ای را به مدت یک سال بر یک شخص وقف و سپس بر فقر اوقف می کند.

در نتیجه ملکیت زمان بندی شده امر معقولی است.

بحث دوم : حکم انتقال مالکیت زمان بندی شده

با توجه به رفع اشکالات در مورد امکان ملکیت منقطع و زمان بندی شده می توان قرارداد تملیک زمان

(Time sharing) را در قـالب قراردادهـای مختلف شـرعی پـذیرفت ، برخی از راه هـای انتقـال مـالکیت زمان بنـدی شـده عبارتند از :

۱-بیع

بـا تـوجه به اینکه ملکیت عین را به صورت زمـان بنـدی شـده پـذیرفتیم ، از آنجـا که بیع ، تملیـک عین در برابر عوض است ، بدون شک قرارداد بیع زمانی از مصادیق بیع است.

برخی گمـان کرده انـد بیع زمـانی و مالکیت زمان بنـدی شـده همان بیع موقت است که برخی از فقها آن را مطرح کرده و در صحت آن وحتی صـدق بیع بر آن ، اشـکال کرده انـد ، زیرا در مفهوم بیع انتقـال دائمی ملـک ، مورد ملاحظه است و در بیع موقت ،انتقـال دائمی نیست ؛ اما همان گونه که قبلاً گفتیم ، بیع زمانی غیر از بیع موقت است و در بیع زمانی انتقال ملک مورد معامله به صورت دائمی است که البته انتقال بخشـی از ملکیت کل عین است که به اجزاء زمانی تقسیم شده است.به تعبیر دیگر : در بیع زمانی دوام تملیک رعایت شده ؛ اما در بیع موقت ، تملیک دائمی

نیست ، لذا برخی در اصل بیع بودن بیع موقت تردید کرده اند. بنابراین اگر مالکیت عین را به صورت زمان بندی بپذیریم نباید در تملیک آن عین در قالب بیع تردیدی داشته باشیم ، همانطور که بیعِ سهمی از عین را جایز می دانیم.

۲ – صلح

صلح عقدی مستقل است که احکام خاص خود را دارد و در نقل و انتقال ملکیت از نظر شرع پذیرفته شده است و فاقد بعضی از محدودیت های بیع است ، لذا برخی از احکام بیع را نیز ندارد

بنابراین با توجه به گستردگی موضوع قرارداد صلح ، می توان قرارداد تملیک زمانی را در قالب صلح اجرا کرد .

۳ – قرارداد های دیگر

پس از پذیرش اصل ملکیت زمانی می توان قرارداد تملیک زمانی را در قالب قراردادهای عقلاییِ دیگر بر اساس عموم (اوفُوبا لعقود) از نظر شرع ، قراردادی صحیح و لازم دانست.

نتیجه :

قرارداد تملیک زمانی (Time sharing) چند گونه قابل تصور بوده و صحیح است.

۱ – گاهی بیع زمانی از مصادیق بیع مشاع پس از تقسیم سهام مشترک بر اساس اجزاء زمانی است (مهایات) که با شرط التزام به تقسیم زمانی در ضمن یک عقد لازم ، غیر قابل فسخ خواهد بود.

۲ – گاهی بیع زمانی توسط مالک کل عین صورت می گیرد که دراین صورت با فرض پذیرش ملکیت مقید به زمان از نظر شرعی ، بیع زمانی از مصادیق بیع متعارف است که در آن تملیک به صورت دائمی است ؛ اما ملک به صورت

مقیـد به زمان ، در طول زمان و در موعـد مقرر خود ، تجدیـد پیدا می کند.نیز می توان بیع زمانی را در فرض مذکور در قالب صلح و یا قرارداد های دیگر عقلایی نیز انجام داد.

نمونه دوم : معامله اختیار (OPTION)

اشاره

یکی دیگر از مسائل جدید در امور اقتصادی ، قراردادهایی است که امروز در بازارهای جهانی مخصوصاً در بورس نفت رواج دارد و در قالب اوراق بهادار تحت عنوان «اوراق مشتقه» عرضه می شود.

یکی از انواع این قراردادها ، قرارداد اختیار معامله(OPTION) است.

این قرارداد از سوی برخی مجـامع علمی کشور هـای اسـلامی تحریم و از سوی برخی از کشورهـای دیگر بـا انـدکی تغییر و یا بدون تغییر تجویز شده است

.کمیته فقهی سازمان بورس ایران نیز با شروط و ضوابطی این نوع قرارداد را صحیح دانسته است.

- بررسـی این مسـأله بـا تـوجه به جهـانی بودن آن و ابتلاـی همه کشورهـای اسـلامی به آن در بازارهـای جهـانی وبـا توجه به اختلاف فقهای کشورهای مختلف در حکم فقهی آن ، اهمیت به سزایی دارد.

فلسفه قرارداد اختیار :

از آنجا که خریداران ، نگران نایاب و کمیاب شدن و یا گران شدن کالاها در زمان مورد نیاز هسـتند و از طرفی فروشندگان و تولیدکنندگان نیز نگران کسادی بازار و کمبود خریدار و عدم تبدیل کالا به نقد در زمان مورد نظر خود

هستند روش هایی برای نجات از این نگرانی ها و ایجاد اطمینان نسبت به وضعیت آینده در بازارهای بورس جهانی رواج پیدا کرده که البته برخی از نظایر آنها در تاریخ کهن ملت ها وجود داشته است ،

یکی ازاین روش ها «معامله اختیار» است ، طی این قرارداد ، فروشنده و خریدار نسبت به خرید و فروش در زمان مطلوب خود تا حدودی اطمینان پیدا می کنند.

تعریف :

معامله اختیار ، قراردادی است میان واگذارکننده و تحصیل کننده ی حق خرید و حق فروش در مورد کالایی مشخص ؛ به این صورت که تحصیل کننده ی حق معامله (خریدار اختیار) حق خرید یا فروش دارایی خاصی رادر زمان معینی از آینده و با قیمت مشخصی خواهد داشت در نتیجه خریدار حق ، می تواند با اعمال حق خود در زمان تعیین شده به معامله کالای مورد نظر با قیمت از پیش تعیین شده اقدام کند.

مبلغی را که خریدار برای خرید «حق خرید» یا «حق فروش» می پردازد «قیمت اختیار» و مبلغی که برای دارایی مورد نظر تعیین می گردد «قیمت توافقی» و زمان آینده ای که برای انجام معامله مشخص می شود «زمان سررسید» یا «تاریخ انقضا» و حقی که به صورت نقدی واگذار می شود «اختیار معامله» و سند واگذاری این حق

«اوراق اختیار» نامیده می شوند.

به وجود آمدن این نوع معامله چنان که اشاره شد به علت نوسانات شدیدی است که هم از نظر قیمت و هم از نظر تقاضا در بعضی از کالاها مانند نفت پیش می آید، نوساناتی است در سابق مثل آن کمتر وجود داشته است.

ص: ۵۵

انواع «اختیار معامله»

اشاره

الف: تقسیم اول : (اختیار فروش ، اختیار خرید)

معامله اختیار نسبت به نوع حق واگذار شده و متعلق اختیار ، دو نوع است:

۱- اختیار خرید ۲- اختیار فروش

۱- اختیار خرید «call option»

در این نوع معامله ، حق خرید کالای مورد نظر ؛ واگذار می شود و دارنده اختیار می تواند با اعمال اختیار خود کالای مورد نظر را در زمان سررسید با قیمت توافقی خریداری کند ؛ مثلاً شرکت «الف» حقّ خرید نفت را به قیمت و نوع و مقدار مشخص در زمان مشخصی از آینده از شرکت«ب» می خرد در نتیجه شرکت «الف» در زمان سررسید با سنجش قیمت بازار و قیمت توافقی ، در مورد اعمال اختیار خرید یا انصراف ، تصمیم می گیرد و چنانچه قیمت بازار در زمان اعمال اختیار ، کمتر از قیمت توافقی باشد به اعمال اختیار اقدام نمی کند و کالای مورد نظر را از بازار به قیمت کمتر تهیه می کند. اگر قیمت بازار بیشتر باشد دارنده اختیار اعمال حق کرده و در این صورت شرکت «ب» بر اساس تعهد انجام گرفته در معامله اختیار ، ملزم به معامله و انجام تعهد و تحویل کالای مورد نظر است.

۲- اختیار فروش «put option»

اشاره

در این نوع معامله ، حق فروش کالای مورد نظر واگذار می شود و خریدار «اختیار فروش» می تواند با اعمال حقّ خود در زمان تعیین شده ، کالای مورد نظر را با قیمت تواقی بفروشد.مثلاً شرکت «الف» حق فروش کالایی را از

ص: ۵۶

شرکت «ج» خریـداری می کنـد و قیمت و نوع و مقدار کالای مورد نظر و زمان سر رسـید کاملاً مشـخص می شود . در نتیجه شرکت «ج» در صورت اعمال حقّ فروش از شوی شـرکت «الف» باید کالای مورد نظر راخریداری کند؛ ولی شـرکت «الف» با مقـایسه قیمت بـازار بـا قیمت توافقی در مورد اعمـال اختیار و فروش کالای مورد نظر به شـرکت «ج» و یا انصـراف از فروش ، تصمیم می گیرد ، قطعاً اگر قیمت آن کالا در بازار بیش از قیمت توافقی باشد به اعمال اختیار اقدام نمی کند و کالای خود را در بازار به قیمت بیشتر به فروش می رساند.

ترکیب اختیارها :

در مثـال اختیـار خریـد، از آنجـا که احتمـال کاهش قیمت کالا در زمان سررسـید وجود دارد و قطعاً در چنین حالت ، شـرکت «الف» از خریـد کالاـ به قیمت توافقی و اعمـال اختیار انصـراف می دهـد ، شـرکت «ب» برای دفع ضـرری که از نفروختن کالا متوجه او می شود به معامله اختیار فروش با همان شـرایط معامله اختیار خریـد با شـرکت «ج» اقـدام می کنـد.در نتیجه در زمان سررسـید که شرکت «ب» از خرید کالا انصراف می دهد ، می تواند همان کالا را به شرکت «ج» بفروشد . این روش برای دفع خطر ضرر از نوع ترکیب اختیارهای دوطرفه است که دارای انواع مختلفی است.

ب) تقسیم دوم ؛ با اختیار اروپایی و آمریکایی و برمودا

اختیار معامله نسبت به زمان اعمال اختیار نیز انواعی دارد :

یکی این که خریـدار اختیار معامله از زمان خریـد اختیار تا زمان سررسـید ، حق اعمال اختیار راندارد و فقط در زمان سررسـید می تواند اعمال اختیار کرده و به معامله اقدام کند . این نوع اختیار معامله به نام «اختیار اروپایی» معروف شده است.

ص: ۵۷

نوع دیگر این است که خریـدار اختیار از هنگام قرارداد تا زمان سررسـید می تواند اعمال اختیار کرده و معامله نماید . این نوع اختیار معامله به نام «اختیار امریکایی» معروف شـده است.دارنده ی این نوع اختیار با آزادی بیشتری در طول زمان بعد از خرید تا سررسید قادر به اعمال اختیار راست و احتمال زیان تقریباً به صفر می رسد.

در نوع دیگر اختیـار معـامله ، دارنـده اختیار فقط در زمان های بخصوصـی از هنگام قرارداد تا زمان سررسـید می توانـد اعمال اختیار کند و این نوع اختیار که حد وسط میان دو نوع پیشین است با نام «اختیار برمودا» نامیده شده است.

تسویه نقدی :

غالباً در بورس ها معامله کننده ها هیچ مالکیتی نسبت به کالای مورد معامله ندارد وصرفاً واسطه اند و به قصد به دست آوردن سود ، اقـدام به معـامله قرارداد آتی و اختیـار معـامله می کننـد. این گونه افراد (بورس بازها) با پـذیرش احتمال خطر وارد بازار شـده و از نوسانـات بازار سود می برنـد به این صورت که وقتی با کمک اطلاعات و تجربه مهارت به دست آورده ، پیش بینی می کنند که مثلاً در آینده قیمت نفت یا سـهام و یا .....افزایش می یابد اقدام به خرید اوراق اختیار کرده و هنگام اعمال اختیار که قیمت بازار افزایش یافته است مقـدار تفاوت بین قیمت توافقی و قیمت بازار (هرچند به مبلغی کمتر) را به صورت نقدی از واگـذار کننـده اول می گیرند و هیچ کالایی معاوضه نمی گردد و از ابتدا نیز به همین انگیزه وارد معامله می شوند ، این روش «تسویه نقدی» نامیده می شود.

ص: ۵۸

تحلیل معامله اختیار

بـا توجه به این که برخی در بررسـی فقهی اختیـار ، این قرارداد را داخـل برخی از قراردادهـای دیگر دانسـته انـد لازم است به صورت روشن قرارداد معامله اختیار تحلیل و واکاوی شود تا تفاوت آن با معاملات مشابه ، روشن گردد.

در معامله اختیار به شکل رایج آن ، معامله ای نقدی در قالب بیع در مورد حق خرید یا حق فروش مالك صورت می گیرد که مبلغ پرداخت شـده ، قیمت اختیار بوده و هیـچ جزئی از قیمت کالای مورد نظر محسوب نمی گردد ودر مورد کالای مورد نظر هیچ معامله ای صورت نگرفته است و تنها بر اساس معامله اختیار ، خریدار اختیار می تواند فقط در هنگام سررسـید (در اختیار اروپایی) و یا تا زمان سررسید (در انواع دیگر اختیار) به معامله اقدام کند که

در این صورت ، معامله به شکل نقدی بوده و ثمن و مثمن به مقداری مشخص در قرارداد اختیار ، تعیین شده است.

بنـابراین در معامله اختیار بر خلاف تصور برخی ، نه بیع «کالا به کالا» ودین به دین است که ثمن و مثمن هر دو نسـیه باشـند و نه بیع «سلف» و «سلم» است که پیش خرید یا پیش فروش شده باشند و نه «بیع العر بودن»

(= بیعانه) است که پیش پرداخت در صورت انجام معامله جزء ثمن بوده و در صورت عـدم معامله برای مالك باشـد و نه « بیع الخیار » است که معامله با شـرط خیار فسـخ تا زمان معین منعقـد شـده باشـد ، بلکه معامله اختیار به شـکل رایـج آن معامله ای نقدی است و پیرو آن یک تعهد به معامله نقدی دیگر صورت گرفته است که در آینده با خواست خریدار انجام می گیرد.

بررسی فقهی معامله اختیار:

با آنکه معامله اختیار به اشکال مختلف قابل اجراست ؛ ولی از آنجا که شکل رایج آن در بازار های جهانی به عنوان «قرارداد بیع» انجام می شود ، بیشتر تحت عنوان بیع در کتب فقهی مورد بررسی قرار می گیرد که گزارش اجمالی آن چنین است : بررسی این معامله در قالب بیع ، متوقف بر پذیرش دو مبنای ذیل است :

۱ – اختیار خرید و فروش ، یک حق است نه یک حکم شرعی

۲ – بیع حق ، توسط صاحب حق ، جایز و صحیح است.

تردیدی نیست در صورت عدم پذیرش هر یک از این دو مبنا ، بیع اختیار باطل بوده و جایی برای بحث و گفتگو باقی نمی ماند.ولی با پذیرش این دو مبنا ، در صحت و بطلان آن دو نظر است:

عده ای با تمسک به ادله ی ذیل ، بیع اختیار را باطل دانسته اند :

۱- عدم تحقق تملیک مال در بیع اختیار، زیرا اختیار خرید و فروش، از نگاه عرف، مال شمرده نمی شود تا قابل تملیک باشد، در حالی که در بیع مورد معامله باید عرفا مالیت داشته باشد تا قابل تملیک به غیر باشد.

۲ – عدم حصول شرایط تمسک به عموم (أحل الله البیع) زیرا این مورد از مصادیق متعارف بیع در عصر تشریع نبوده است ، لذا عموم (أحل الله البیع) بر آن صادق نیست.

۳ – غَرَری بودن بیع اختیار ، زیرا میزان ارزش حق خرید و فروش با توجه به نوسان قیمت ها نا مشخص است .

ص: ۶۰

۴ – سَفَهی بودن بیع اختیار ؛ یعنی در صورتی که قیمت کالا در زمان سررسید به چندین برابر قیمت توافقی برسد چنین معامله ای سَفَهی خواهد بود.

(ولی در پاسخ می توان گفت که این در واقع مانند معامله سلف است که ممکن است جنس مورد بیع سلف به چندین برابر ترقی کرده باشد.)

۵ – عدم قدرت بر تسلیم کالا هنگام بیع اختیار (البته از آنجا که مثمن در اینجا همان اختیار است و در حال معامله تسلیم شده است ، این دلیل وجهی ندارد.)

۶ – این معامله در صورت چندین برابر شدن قیمت کالا در زمان سررسید ، فاقد رضایت مالك است .

این سخن بی اساس است ، چرا که رضایت به هنگام عقد بیع اختیار شرط است و عدم رضایت در بیع دوم و سررسید مشکلی ایجاد نمی کند.

۷ – این معامله ، از مصادیق بیع «مالیس عنده» و باطل است . آنها که به این استدلال متوسل شده اند ، گویا فراموش کرده اند که بیع در اینجا حق است که وجود دارد نه آن جنسی که بعداً مورد معامله قرار می گیرد.

۸ – این بیع در برخی از روایات با شناسه «بیع العربون» صریحاً نهی شده است .

(این ادعا نیز به لحاظ ضعف روایت و نیز تفاوت ماهوی بین این دو بیع پذیرفتنی نیست)

عده ای دیگر از فقها با تمسک به ادله ی ذیل قائل به صحت بیع اختیار شده اند :

۱ – عرفی بودن چنین بیعی در عصر ما و در نتیجه شمول عموم ادله ای ؛ مانند «أحل الله البیع» و« المومنون عند شروطهم» و « اوفوا بالعقود » نسبت به آن

۲ – مالیت داشتن حق اختیار در عرف زمان ما و صدق عنوان بیع بر آن

برخی از دانشمندان روش های دیگری برای تصحیح این قرار داد غیر از طریق بیع حق– انتخاب کردنـد ،که اینجا جای شـرح آن نیست.

البته بررسـی تفصـیلی دلائل و مسـتندات طرفین ، مجال دیگری می طلبـد ، هـدف از طرح این دو مثال این بود که نمونه ای از مسائل مستحدثه در مسائل اقتصادی را که درعصر ما شدیداً مورد نیاز است ذکر کرده باشیم.

نمونه سوم: شرکت های هرمی

۱– تعریف

«هرم» طرحی است که در آن فرد هزینه ای (هزینه ورود) را بابت فرصت آتی دریافت مزایا پرداخت می کند، در حالی که این مزایا از محل هزینه پرداختی سایر افراد به طرح، علاوه بر فروش محصول به مشتریان تامین می شود.

براساس نظر فدراسیون جهانی اتحادیه های فروش مستقیم، طرح های هرمی، ماندگاری تجاری ندارند، زیرا مبنای فعالیت آن ها تجارت کالا یا خدمات با ارزش نیست.

شرکت های هرمی هیچ کمکی به رشد اقتصادی نمی کنند، بلکه با ایجاد شبکه های غیر قانونی، فقط نقدینگی جمعی افراد به تعدادی از اعضا منتقل می شود. به عبارت دیگر، یک راه غیر قانونی برای کسب درآمد به شمار می رود.ضمنا فعالیت شرکت های هرمی در تمام جهان ممنوع و مجازات زیادی برای آن ها در نظر گرفته شده است.

ص: ۶۲

۲– ادله حرمت

اشاره

برای حرمت فعالیت شرکت های هرمی ادله مختلفی ذکر شده که نسبت به برخی از شرکت ها همه این ادله صادق است و نسبت به برخی دیگر تنها بعضی از این ادله صدق می کند.

۱ – اکل مال به باطل: اکل مال به باطل طبق صریح قرآن مجید در آیات ۲۹ و ۳۰ سوره «نسا» تحریم شده و از گناهان کبیره شمرده می شود که انسان را به سوی جهنم سوق می دهد. منظور از اکل مال به باطل آن است که انسان بدون انجام کار مشروع و مثبت و مفیدی مالی به دست آورد. این مطلب در شرکت های هرمی به وضوح دیده می شود. افرادی که در راس هرم هستند اموال کلانی را که در واقع از دیگران ناروا گرفته شده به چنگ می آورند، بدون آنکه کار مثبت و مفیده انجام داده باشند.

۲ – شباهت به قمار: قمار هم طبق صریح قرآن مجید در آیه ۲۱۹ سوره بقره تحریم شده است و منظور از آن این است که به آسان ترین وجه ممکن اموال دیگران را بدون انجام کار مشروع به چنگ آورد و این شبیه همان کاری است که شرکت های هرمی انجام می دهند. صاحبان شرکت و افرادی که در راس هرم هستند اموال کسانی را که در رده های پایین تر قرار دارند و نتوانسته اند مطابق ضوابط شرکت مشتریان جدیدی بیابند تملک می کنند.

در واقع ملاک حرمت قمار در این نوع فعالیت اقتصادی وجود دارد.

۳ – شباهت به بخت آزمایی: حرمت بخت آزمایی هم تحت عنوان «ازلام» در آیه سوم سوره مائده آمده است.

در عصر جاهلیت مثلا ده نفر با هم قرار می گذاشتند، حیوانی را می خریدند و آن را ذبح می کردند. سپس ده قطعه کاغذ آماده کرده و روی هفت قطعه آن «برنده» و روی سه قطعه دیگر عنوان «بازنده» نوشته می شد. آنگاه هر نفر یک

قطعه کاغذ را برمی داشت و گوشت به هفت قسمت مساوی بین هفت برنده تقسیم می شد و بازنده ها نه تنها سهمی نداشتند بلکه هر کدام باید یک سوم قیمت را بپردازند.این مطلب عملا در بسیاری از شرکت های هرمی وجود دارد، با این تفاوت که برندگان اقلیت شرکت کنندگان و بازندگان اکثریت آن ها هستند.

البته روح هر سه دلیل شبیه یکدیگر است و در عنوان اکل مال به باطل در سه چهره مختلف شریکند.

قابل توجه اینکه به ادله دیگری نظیر قاعده غرور، قاعده لا ضرر، بیع غرری و غش و تدلیس نیز استدلال شده است.

تبعات منفی

این شرکت ها هر جا نفوذ کرده اند آثار و تبعات منفی فراوانی از خود به جای گذاشته که مهمترین آن ها، تبعات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است. ناهنجاری های اجتماعی و رفتاری، بروز اختلافات خانوادگی، بی ثباتی نظام اقتصادی، انتقال سرمایه و ارز از کشورها به صورت غیر قانونی، تنبلی و فرار از مسئولیت های اجتماعی، عادت به بیکارگی و انتظار ثروت های کلان و بادآورده، ترویج فساد و اشاعه فحشا و بی بندوباری که از این ابزار غالبا برای پیشرفت کارشان استفاده می کنند. آلودگی زندگی به مال حرام، دغل کاری و کلاهبرداری و مانند آن از آثار و تبعات منفی این شرکت ها است. از نظر سیاسی هم در بعضی از کشورها(مانند آلبانی) فعالیت آن ها در طی سال های ۱۹۹۵ تا ۱۹۹۸ باعث سقوط حکومت این کشور شد.در یک عبارت کوتاه می توان آثار منفی اینگونه شرکت ها و علت واقعی اکل مال به باطل بودن آن ها را چنین مشخص کرد: آن ها پول های کلانی را یا به عنوان حق عضویت و یا به عنوان فروش اجناس به قیمت غیر واقعی و یا عناوین دیگرگردآوری می کنند و برای اینکه بازار آن ها داغ باشد

ص: ۶۴

پورسانت های کلانی به سر گروه ها و کسانی که در رده های اول قرار دارنـد می پردازنـد تا دیگران را از این طریق اغفال به سرمـایه گـذاری کننـد و این پـول هـای کلاـن، تنهـا بخش کوچکی از اموالی است که بـدست آورده انـد و قسـمت عمـده را خودشان تصاحب می کننـد و به همین دلیل گروه زیادی در رده های آخر یا پیش از آخر، گرفتار ضـرر و خسـران می شونـد. سرمایه ای را از دست داده و چیزی بـدست نیاورده اند. به همین دلیل به دادگاه ها هجوم می آورند و طرح شـکایت می کنند. در حالی که صاحبان موسـسه اموال را به جاهای امنی در خارج از کشور منتقل کرده اند و بسیار می شود که خودشان نیز فرار می کننـد و به همین دلیل مجالس قانونگذاری قوانینی بر ضد آن ها وضع کرده و دسـتگاه های قضایی کشور های مختلف آن ها را به عنوان کلاهبردار تحت تعقیب قرار می دهنـد و نیروهای انتظامی بسـیاری از آن ها را دسـتگیر وزنـدانی می کنند . البته هر یک از این آثار منفی شرح وبسطی دارد که جای بحث از آن نیست زیرا هدف فقط ارایه اجمالی از این مسئله بود.

ص: ۶۵

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که مـا را در دستیـابی به این هـدف یـاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادنـد تقـدیر و تشـکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصـفهان -خیابان عبـدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شـهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹